



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.24-2021-00289-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación presentados por **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública, contra la sentencia del 16 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a la AFP **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, y a **COLFONDOS** trasladar los gastos de administración debidamente indexados (*min. 42:59, archivo “28Audioaudiencia16022023”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

GEMA ZORAIDA MARTINEZ MENDEZ llamó a juicio a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y**

CESANTÍAS con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, realizado a través de **COLFONDOS** y luego a **PORVENIR** y, en consecuencia, se ordene a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual, junto con las condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 1° de junio de 1964, se afilió al ISS desde el 9° de marzo de 1990 hasta junio de 1997 cuando se afilió a **COLFONDOS**, fondo de pensiones de quien de no recibió asesoría alguna frente al traslado de régimen pensional; que posteriormente se afilió a **PORVENIR**, quien no le informó sobre la posibilidad de trasladarse con anterioridad al cumplimiento de 47 años de edad; que el 08 de abril de 2021 presentó reclamación ante **COLPENSIONES** solicitando el traslado de aportes en virtud de la ineficacia de la vinculación, obteniendo respuesta negativa (*pág. 03 a 11, archivo “01Demandayanexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, la afiliación a esa AFP, la petición presentada y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; falta de legitimación de la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al RAIS; 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 el traslado; compensación y pago (*pág. 03 a 15, archivo “07ContestacionDemandaColfondos”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación y las semanas cotizadas en el ISS, la reclamación administrativa y su respuesta, señaló que los demás

hechos no le constaban y propuso las excepciones de *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 y la innominada o genérica (pág. 32 a 55, archivo “10ContestacionColpensiones”).

Mediante providencia del 02 de noviembre de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR** (archivo “12Autotienepornocontestadademanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 42:59, archivo “28Audioaudiencia16022023”)

El 16 de febrero de 2023, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación que hizo la señora GEMA ZORAIDA MARTINEZ MENDEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales la señora GEMA ZORAIDA MARTINEZ nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **TERCERO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GEMA ZORAIDA MARTINEZ MENDEZ como cotizaciones, bonos pensionales, con todos su frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, que debe trasladar el capital ahorrado junto con sus rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, conforme a la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES lo que haya deducido de los aportes efectuados por la demandante, por concepto de gastos de

*administración debidamente indexados conforme a lo motivado. **QUINTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora GEMA ZORAIDA MARTINEZ MENDEZ como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba los dineros que le debe trasladar PORVENIR. **SEXTO: DECLARAR** no probado los hechos sustento de las excepciones propuestas. **SEPTIMO:** Sin condena en costas. **OCTAVO:** En el evento que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación, remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad”.*

Como sustento de la decisión, la Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **COLFONDOS**, fondo donde se realizó el traslado inicial, no allegó prueba alguna que acredite el deber de información, carga de la prueba que le correspondía, por lo que dedujo que el traslado pensional lo hizo la demandante sin conocer las características de cada uno de los regímenes, lo que permite inferir la ausencia de libertad informada y, por ende, la invalidez de la afiliación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, relacionado con la indexación de los conceptos a devolver. Como sustento de la alzada señaló que la indexación es improcedente conforme con sentencia C-161 de 13 de mayo de 2010 de la Corte Constitucional y la sentencia del 29 de junio de 2016 de la Corte Suprema de Justicia, lo anterior teniendo en cuenta que esa AFP está obligada a generar rentabilidad mínima a los afiliados, por lo que resultaría incompatible ordenar la indexación en la medida en que el fenómeno inflacionario nunca afectó dichos recursos (*min. 45:16, archivo “28Audioaudiencia16022023”*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que en este caso no se logró demostrar que existió omisión en la información o que la demandante hubiese sido engañada al momento de efectuar su traslado, lo que se puede concluir es una inconformidad con el monto de la mesada pensional, lo que va en contravía del principio de sostenibilidad financiera, como quiera que se le está imponiendo a **COLPENSIONES**

cargas adicionales a las que ya tiene con sus afiliados (*min. 47:52, archivo "28Audioaudiencia16022023"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal de **PORVENIR** solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

La firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S., allegó documental que la acredita para actuar como apoderada principal de **COLPENSIONES**, quien a su vez sustituyó el poder a la doctora Diana Leonor Torres Aldana, identificada con C.C. No.1.069.733.703 y titular de la T.P. No. 235.865 del CSJ, motivo por el cual se le reconoce dicha condición, y en el escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la apelación.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** del RPM al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS**, y la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos facticos **i) GEMA ZORAIDA MARTINEZ MENDEZ** nació el 1° de junio de 1964 y se afilió al ISS a partir del 09 de marzo de 1990 (*pág. 12 y 14, archivo “ 01Demandayanexos”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS S.A.** el 04 de agosto de 1997, con efectividad del 1° de octubre siguiente (*pág. 92 y 93, archivo “04ContestacionColfondosSA”*), y luego se trasladó a **PORVENIR** el 21 de febrero de 2006 (*pág. 3, archivo “21Respuetarequerimiento”*) donde permanece actualmente.

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los

suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **COLFONDOS** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que acudió a **COLFONDOS** a afiliarse para poder cumplir un requisito de contratación, sin que recibiera asesoría alguna, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación formulado por **COLPENSIONES**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de

la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, rendimientos financieros y, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo y debidamente indexados los gastos de administración, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto en la alzada por **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en la devolución total de los conceptos referidos en precedencia, se modificará y adicionará la parte resolutive de la sentencia.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a **COLPENSIONES** como el único fondo administrador de las cotizaciones de la demandante, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y validarlos como semanas cotizadas, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual

reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará esta parte de la sentencia.

Además, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Además, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, advirtiendo que en este caso esa compensación económica no fue objeto de fijación del litigio, como lo reclamó en la alzada la apoderada del fondo público.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021 y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por GEMA ZORAIDA MARTINEZ MENDEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLFONDOS*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal **TERCERO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **COLFONDOS** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

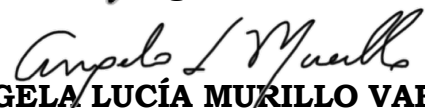
QUINTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GEMA ZORAIDA MARTINEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2021 00289 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.24-2021-00401-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación presentados por **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública, contra la sentencia del 29 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a la AFP **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, y a **PORVENIR** trasladar los gastos de administración debidamente indexados (*min. 01:15:20, archivo "31Audioaudiencia29062023"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

FLOR YOLIMA VILLAMIL LOPEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, realizado a **PORVENIR** y luego a **PROTECCIÓN**, y, en consecuencia, se condene a **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes, junto con los rendimientos, sin descuento de seguros previsionales, fondo de solidaridad y garantía pensional y cuotas de administración, a **COLPENSIONES** a recibir los dineros y a **PROTECCIÓN** a pagar la diferencia de los dineros que financian la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación, junto con las condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 03 de septiembre de 1962, se afilió al ISS desde el 1° de agosto de 1985 hasta septiembre de 1994 cuando se afilió a **PROTECCIÓN**, fondo de pensiones quien de manera engañosa y sin advertirle todos los efectos tanto económicos como legales, le hizo firmar el traslado de régimen pensional, sin darle información completa sobre las consecuencias tanto negativas como positivas de suscribir el formulario de traslado; y que posteriormente se afilió a **PORVENIR** y luego retorno a **PROTECCIÓN**.

Manifestó que en el año 2021 elevó petición a **PROTECCIÓN** solicitando la proyección de mesada pensional que obtendría tanto en **PROTECCIÓN** como en **COLPENSIONES**, la cual fue resuelta el 28 enero de 2021, donde se le informó que en el RAIS tendría derecho a una pensión de garantía mínima, mientras que en el Régimen de Prima Media obtendría una mesada pensional de \$1.244.924; y finalmente, que el 25 de enero de 2021 elevó solicitud de anulación del traslado, recibiendo respuesta negativa únicamente por parte de **PROTECCIÓN** (pág. 55 a 66, archivo “01Demanda”).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad de la demandante, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso la excepción previa de *falta de integración del litis consorcio necesario* con **PORVENIR** y como de fondo las excepciones de *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; improcedencia del traslado de régimen del pensionado y la innominada o genérica (pág. 3 a 28, archivo “04Contestacioncolpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad de la demandante y las peticiones presentadas. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló 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 declarara 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 y la innominada o genérica (pág. 3 a 29, archivo “06ContestacionProteccionSA”).

Mediante providencia del 23 de agosto de 2022, se dispuso la vinculación de **PORVENIR** como litis consorcio necesario (*archivo “10Autocontestadademanda”*), entidad que luego de notificada guardó silencio, motivo por el cual en auto del 17 de noviembre de 2022 se le tuvo por no contestada la demanda (*archivo “13Autonocontestadademanda”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:15:20, *archivo “31Audioaudiencia29062023”*)

El 29 de junio de 2023, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la señora FLOR YOLIMA VILLAMIL LOPEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN, la que fue efectiva a partir del 1° de septiembre de 1994, lo anterior de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales la señora FLOR YOLIMA VILLAMIL LOPEZ nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora FLOR YOLIMA VILLAMIL LOPEZ como cotizaciones, bonos pensionales, con todos su frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, ello significa que debe trasladar el capital ahorrado junto con sus rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, como se indicó en la parte motiva de la decisión. **CUARTO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores que haya deducido por concepto de gastos de administración debidamente indexados de los aportes a pensión efectuados por la demandante, lo anterior, conforme a lo motivado. **QUINTO:** Sin condena en costas. **SEXTO:** En el evento de que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación, remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, lo anterior de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”.

Como sustento de la decisión, la Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **PROTECCIÓN**, fondo donde se realizó el traslado inicial, no allegó material probatorio que diera cuenta del cumplimiento del deber de información, menos aún que al momento de la vinculación de la demandante le explicara las características, ventajas, desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales, lo que permite inferir la ausencia de la libertad informada, lo que genera la ineficacia de dicha vinculación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial contra el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, relacionado con la indexación de los conceptos a devolver. Como sustento de la alzada señaló que la indexación es improcedente conforme con sentencia C-161 de 13 de mayo de 2010 de la Corte Constitucional y la sentencia del 29 de junio de 2016 de la Corte Suprema de Justicia, lo anterior teniendo en cuenta que esa AFP está obligada a generar rentabilidad mínima a los afiliados, por lo que resultaría incompatible ordenar la indexación en la medida en que el fenómeno inflacionario nunca afectó dichos recursos (*min. 01:17:42, archivo "31Audioaudiencia29062023"*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que el traslado de régimen pensional realizado en septiembre de 1994 goza de plena validez pues para la fecha en que se suscribió el formulario de vinculación se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993 y el único requisito legalmente exigido para formalizar ese traslado de régimen era el formulario de afiliación y la aceptación voluntaria y consciente de la demandante; que no se puede desconocer que ese nivel de asesoría y buen consejo para los fondos de pensiones ha venido evolucionando con el paso del tiempo, luego para la fecha del traslado,

con el fin de vincular a los potenciales afiliados, estos no debían presentar simulaciones o proyecciones pensionales; tampoco la demandante para esa fecha tenía alguna expectativa pensional.

Por otra parte, pide se tenga en cuenta el principio de sostenibilidad financiera y que la accionante se encuentra inmersa en prohibición legal de traslado, lo que a su juicio hace imposible que **COLPENSIONES** la reciba en esas condiciones. Que en caso de que se confirme la sentencia solicita se condene al fondo de pensiones que incumplió con el deber de información, a pagar a **COLPENSIONES** los perjuicios económicos al ser la única entidad que debe asumir una carga prestacional en favor de la demandante, pese al daño causado por la AFP (*min. 01:20:14, archivo “31Audioaudiencia29062023”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** solicitaron la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada. Por su parte, el apoderado actor solicitó la confirmación del fallo.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** del RPM al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, y la procedencia de la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos facticos **i) FLOR YOLIMA VILLAMIL LOPEZ** nació el 03 de septiembre de 1962 y se afilió al ISS a partir del 13 de septiembre de 1985 (*pág. 16, archivo “07Expedienteadministrativo”*), donde realizó aportes hasta el 31 de agosto de 1994, según resumen de historia laboral de la oficina de bonos pensionales (*pág. 46 y 47, archivo “06ContestacionProteccionSA”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PROTECCIÓN S.A.** el 10 de agosto de 1994, con efectividad del 1° de septiembre de 1994 (*pág. 40, archivo “06ContestacionProteccionSA”, y pág. 2, archivo “21Formularioaafiliacionproteccion”*), luego se trasladó a **PORVENIR** el 16 de agosto de 1995, con efectividad a partir de 1° de septiembre siguiente (*pág. 4 y 7, archivo “22Respuestarequerimientoporvenir”*) y, posteriormente, se trasladó a SANTANDER-ING hoy **PROTECCIÓN** el 09 de agosto de 2001 (*pág. 39 y 44, archivo*

06ContestacionProteccionSA” y archivo “21Formularioaafiliacion...”)
donde permanece actualmente.

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el

afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever*”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y

negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los representantes de la AFP le dijeron que el ISS se iba a acabar, que se iba a quedar sin pensión y que pasándose al fondo privado se podían pensionar a la edad que quisiera y con el monto que deseara, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación formulado por **COLPENSIONES**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años

efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, rendimientos financieros y, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo y debidamente indexados los gastos de administración, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto en la alzada por **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en la devolución total de los conceptos referidos en precedencia, se modificará y adicionará la parte resolutive de la sentencia.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a **COLPENSIONES** como el único fondo administrador de las cotizaciones de la demandante, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y

validarlos como semanas cotizadas, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se adicionará esta parte de la sentencia

Además, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Además, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, advirtiendo que en este caso esa compensación económica no fue objeto de fijación del litigio, como lo reclamó en la alzada la apoderada del fondo público.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021

y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por FLOR YOLIMA VILLAMIL LOPEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PROTECCIÓN, efectiva a partir del 1° de septiembre de 1994*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir de las AFP demandadas los valores ordenados y a actualizar la historia laboral de la **DEMANDANTE**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad y también los referidos a la vinculación con SANTANDER e ING, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PROTECCIÓN** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEXTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

OCTAVO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FLOR YOLIMA VILLAMIL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

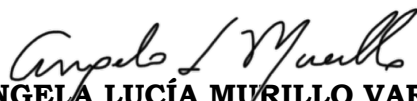
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2021 00401 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.25-2021-00275-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 31 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la demandada al reconocimiento del retroactivo pensional desde el 1° de septiembre de 2018 hasta el 30 de junio de 2020, junto con indexación, intereses moratorios y costas procesales (*min. 19:19, archivo “17 Audiencia de Juzgamiento No. 2021-275-20220831_093002-Grabación de la reunión”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

CARLOS EDUARDO GARCIA ROZO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se condene al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 2018 al 30 de junio de 2020, junto con intereses

moratorios, indexación, facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que mediante Resolución SUB137998 del 30 de junio de 2020, **COLPENSIONES** le reconoció pensión de vejez, bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta 1.303 semanas de cotización, aplicando una tasa de reemplazo del 59.63%, en cuantía inicial de \$6'143.030, a partir del 1° de julio de 2020. Señaló que realizó la última cotización al Sistema General de Pensiones el 30 de agosto de 2018, y que agotó reclamación administrativa el 24 de julio de 2020 (pág. 3 a 8, archivo “01.Demanda”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, la ley aplicable, semanas, monto, cuantía y fecha de efectividad, la edad del actor y la reclamación administrativa. Formuló las excepciones de *prescripción y caducidad*; inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 23 a 29, archivo “05.ContestaciónDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 19:19, archivo “17Audiencia de Juzgamiento...”)

El 31 de agosto de 2022, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO:** Declarar y condenar al demandado Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y cancelar a favor del demandante, señor Carlos Eduardo García Rozo, identificado con cédula de ciudadanía 19'230.824, por concepto de retroactivo pensional, causado desde el 1° de septiembre de 2018 hasta el 30 de junio de 2020, que asciende a la suma de \$142'472.729, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago, por lo motivado. **SEGUNDO:** Condenar a la demandada Administradora

*Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y cancelar a favor del demandante, señor Carlos Eduardo García Roso, ya identificado, por concepto de intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor del retroactivo, reconocido en la presente sentencia, que a la fecha ascienden a la suma de \$123'488.574. Como quiera que la norma es clara, los intereses se liquidarán con la tasa vigente al momento del pago. **TERCERO:** Se declara no probada la excepción de prescripción propuesta, por lo motivado. **CUARTO:** Se condena en costas a la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por la suma de \$1'400.000 y a favor del aquí demandante, por lo motivado. **QUINTO:** En caso de no ser apelada, la presente decisión envíese a la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (...)*

Como sustento de la decisión el Juez expresó que **COLPENSIONES** no tuvo en cuenta las particularidades del presente caso como quiera que no era necesario el retiro del sistema, pues el demandante cumplió cabalmente los requisitos para obtener su derecho pensional a la fecha que elevó dicha petición y la omisión de su empleador en realizar las gestiones administrativas no puede afectar su derecho pensional. Por tal motivo, dedujo que se debía entender que operó el retiro tácito del sistema pensional pues el afiliado al momento de solicitar su derecho pensional consumó los requisitos legales para acceder a su pensión de vejez, debiéndose aplicar como fecha de efectividad de dicha pensión el día siguiente de la última cotización, siendo procedente reconocer el retroactivo pensional debidamente indexado, junto con intereses moratorios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la condena por intereses moratorios y costas. Como sustento de la alzada señaló que **COLPENSIONES** no tiene un rubro destinado a condenas por costas y agencias en derecho, por lo cual este dinero sale de los valores que financia el sistema de pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que genera un detrimento al patrimonio de las pensiones de sus afiliados; a su vez solicita se examine el pago de intereses moratorios por cuanto la entidad ha actuado conforme a derecho (*min. 23:24, archivo “17Audiencia de*

Juzgamiento No. 2021-275-20220831_093002-Grabación de la reunión”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **CARLOS EDUARDO GARCIA ROZO** tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, junto con intereses moratorios, indexación y la procedencia de la condena en costas.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) CARLOS EDUARDO GARCIA ROZO** nació el 17 de agosto de 1952 y durante toda su vida laboral cotizó al sistema pensional un total de 1.303 semanas (*pág. 10 y 14, archivo “01.Demanda”*); **ii)** el afiliado presentó solicitud de reconocimiento pensional el 28 de mayo de 2020 (*pág. 13, archivo “01.Demanda”*); **iii) COLPENSIONES** mediante Resolución SUB137998 del 30 de junio de 2020 le reconoció al demandante la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2020, en cuantía mensual de \$6,143,030 (*pág. 13 a 18, archivo “01.Demanda”*); **iv)** y contra el citado acto administrativo el accionante presentó recurso de apelación el 27 de julio de 2020 (*pág. 29, archivo “01.Demanda”*).

- Sobre la fecha de disfrute del derecho pensional

De conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión de vejez debe pagarse a partir de la fecha de desafiliación al régimen pensional y para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana cotizada al sistema.

No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ante situaciones especiales y excepcionales, que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema, esto es, que se pueda reconocer a partir de la calenda en que se cumplió con los requisitos que la ley exige para acceder a esta, aunque no se hubiera reportado la desafiliación, como cuando se demuestra que la verdadera voluntad del trabajador era la de retirarse del sistema, sin que así lo hubiera podido hacer, o porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez, o por la actitud asumida por la administradora de pensiones al no reconocer la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de requisitos (*SL2662 de 2020, SL 2607 de 2021, SL2061-2021 y SL 414 de 2022*).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio y conforme con la documental incorporada en el expediente, se tiene que **CARLOS EDUARDO GARCIA ROZO** adquirió su estatus pensional el 06 de agosto de 2018, en virtud de la Ley 797 de 2003, fecha para la cual había cumplido más 62 años de edad (*pág. 10, archivo “01.Demanda”*) y reunió 1.300 semanas cotizadas al sistema pensional (*historia laboral expediente administrativo, archivo 158 “GRP-SCH-HL-66554443332211_2082-20210915092140”*). Igualmente, que la última cotización fue la correspondiente al periodo agosto de 2018.

Por lo anterior, en aplicación del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, incorporado al Sistema General de Pensiones, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en principio si bien la pensión se causó en el año 2018 (6 de agosto) tan solo su disfrute podía materializarse desde el momento de la desafiliación de dicho Sistema, caso en el cual no se podía disponer cuestión diferente.

Sin embargo, no se puede olvidar que la única solicitud de reconocimiento pensional presentada por el demandante **CARLOS EDUARDO GARCIA ROZO** lo fue para el 28 de mayo de 2020, fecha para la cual ya tenía cumplido los requisitos para ser beneficiaria de la prestación por vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que se debe corroborar su situación particular para determinar si se aplica el citado precedente jurisprudencial que le permita acceder a la prestación en una fecha diferente a la establecida en el citado Acuerdo.

Al respecto, encuentra la Sala que el demandante no podía pensionarse en el Régimen de Prima Media a partir del 06 de agosto de 2018, fecha de cumplimiento de los requisitos de causación pensional, no solo porque no acreditó que para ese periodo hubiera reportado novedad de retiro del sistema pensional, sino por la potísima razón que para ese momento se encontraba vinculado al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, aspecto que la parte actora omitió mencionar en la demanda.

Lo anterior resulta relevante en el presente juicio puesto que **CARLOS EDUARDO GARCIA ROZO** tan solo retornó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con ocasión del proceso ordinario que adelantó ante el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, con radicado 11001310500420180078200, autoridad jurisdiccional que en sentencia del 21 de agosto de 2019 declaró la nulidad de la afiliación al régimen privado a través de PROTECCIÓN y ordenó a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado de régimen pensional (*expediente administrativo, archivo 31 “GDJ-SEN-PI-2019_14998601-20191107031528”*), providencia que fue confirmada y adicionada por esta Corporación en decisión del 16 de septiembre de 2019 (*expediente administrativo, archivo 33 “GDJ-SEN-SI-2019_14998601-20191107031528”*), expediente donde no fue objeto de controversia el derecho pensional.

Por tal motivo, fue a partir del cumplimiento de la referida sentencia que se generó a favor del demandante el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de la cobertura del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la obligación de **COLPENSIONES** de acudir a su reconocimiento, por lo que es desde ese momento que quizás pueda derivarse el reclamo del retroactivo pensional, fecha de cumplimiento que no aparece acreditada en este juicio. No obstante, no se puede olvidar que la única manifestación expresa de voluntad del demandante de acceder a la pensión de vejez la exteriorizó con la petición presentada el 28 de mayo de 2020 (*pág. 13, archivo “01.Demanda”*), sin que en el plenario aparezca acreditado que el afiliado haya puesto en conocimiento del fondo de pensiones público su deseo de acceder a la prestación económica contributiva en fecha anterior.

Debe recordarse que a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la solicitud de pensión de vejez obliga al fondo de pensiones a revisar la

situación del afiliado en el Sistema General de Pensiones, a verificar la cantidad semanas cotizadas e incluso validar los tiempos de servicios prestados no cotizados, aspecto que una vez resuelto determina el reconocimiento del derecho o da vía libre para para que el afiliado agote los recursos en vía administrativa o presente las acciones legales pertinentes que permitan dilucidar la controversia.

Por tal motivo, en este caso al no haberse acreditado la novedad de retiro, al presentarse la primera reclamación pensional ante **COLPENSIONES** el 28 de mayo de 2020 y al generarse la obligación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida de asumir el reconocimiento de dicha contingencia con ocasión de la nulidad de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es evidente que no se configuró derecho alguno al pago de mesadas pensionales a partir del 1° de septiembre de 2018, como desacertadamente lo reconoció el Juzgado de instancia, sino que el disfrute pensional debe realizarse desde la fecha en que se presentó la solicitud de reconocimiento.

En tal sentido, al accionante le asiste el derecho al pago del retroactivo pensional pero solo el generado entre la fecha de radicación de la solicitud pensional (28 de mayo de 2020) y la fecha anterior a la inclusión en nómina de pensionados, que corresponde al 30 de junio de 2020, razón suficiente para modificar la decisión de primer grado.

Partiendo de la base que el monto de la mesada pensional no fue objeto de controversia y que se fijó en un salario de \$6.143.030, se obtiene como retroactivo:

AÑO	VALOR MESADA PENSIONAL	NÚMERO DE MESADAS	TOTAL
2020	\$6.143.030	1,1	\$6.757.333
		TOTAL	\$6.757.333

Del anterior monto la entidad de seguridad social deberá descontar el porcentaje que corresponda por concepto de aportes a

salud a cargo del pensionado, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras).

Por su parte, el artículo 9¹ de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994², establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

Para el efecto, se advierte que el demandante solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la pensión desde el 28 de mayo de 2020, fecha para la cual tenía causado el derecho como se dijo en precedencia, por ello los intereses proceden a partir del 28 de septiembre de 2020 (cuatro meses después de presentada la solicitud),

¹ “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

² Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

por cada una de las mesadas en mora y hasta cuando se efectúe su pago, sin que sea posible determinar el monto previamente, por lo que en este aspecto también se modificará la sentencia.

Al resarcir los intereses la pérdida del poder adquisitivo del dinero por los movimientos inflacionarios resulta improcedente impartir condena por indexación, por lo que la decisión sobre esta pretensión ha de ser de tipo absolutorio.

- **Sobre la excepción de prescripción:**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada, dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Al respecto, y teniendo en cuenta que entre la Resolución SUB137998 del 30 de junio de 2020, por medio de la cual **COLPENSIONES** reconoció la pensión de vejez (*pág. 13 a 18, archivo “01. Demanda”*), y la presentación de la demanda, 06 de mayo de 2021 (*archivo “02. Secuencia”*), no trascurrieron los tres años aludidos, por lo que las mesadas reconocidas no se encuentran afectadas por prescripción, no encontrando prosperidad este medio exceptivo. Y por el resultado de la controversia, tampoco son de recibo las demás excepciones invocadas por la demandada.

Y finalmente, frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas

procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a **CARLOS EDUARDO GARCIA ROZO** la suma de \$6.757.333 por concepto del retroactivo pensional causado entre el 28 de mayo de 2020 y el 30 de junio de 2020, autorizando a dicha entidad a descontar del retroactivo el valor correspondiente por aportes a salud a cargo del pensionado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a **CARLOS EDUARDO GARCIA ROZO** los intereses moratorios a partir del 28 de septiembre de 2020 y hasta cuando se produzca el

pago de las mesadas pensionales generadas entre el 28 de mayo de 2020 al 30 de junio de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

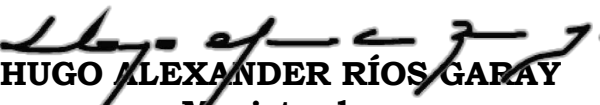
TERCERO: ABSOLVER a **COLPENSIONES** de la indexación, conforme lo expuesto.

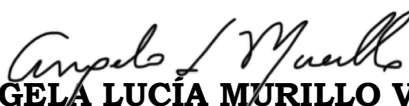
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

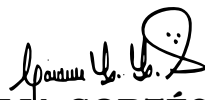
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.26-2021-00285-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **SKANDIA, PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública, contra la sentencia del 22 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado realizada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a **SKANDIA, PORVENIR** y **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** el valor de todos los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y a **COLPENSIONES** a aceptar dicha transferencia y a contabilizar las semanas cotizadas, además condenó en costas a **SKANDIA, PORVENIR** y **PROTECCIÓN** (*min. 01:04:23, archivo “25Grabacionaudienciaart77y80”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

HUVER ELIAS POSADA SUAREZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con el fin de que se declare la nulidad, ineficacia o falta de requisitos del traslado y afiliación realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **PROTECCIÓN**, que se mantenga activo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM y, en consecuencia, se ordene a las AFP a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores u aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses que hubieren recibido con motivo de la afiliación, a **COLPENSIONES**, y que esa entidad la registre como su afiliado, sin solución de continuidad.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 07 de julio de 1962, se afilió al ISS desde febrero de 1988 y se trasladó al RAIS en febrero de 2001 a través de SANTANDER hoy **PROTECCIÓN**, dado que los funcionarios de la AFP le informaron que era más beneficioso la cuantía de la pensión; posteriormente, en enero de 2002 se cambió a **PORVENIR**, en febrero de 2003 a SANTANDER, en el 2009 a ING y en diciembre de 2011 a **SKANDIA**, fondos donde le insistieron que el RAIS era más beneficioso que el Régimen de Prima Media; que ni el ISS ni ninguna de las AFP le suministraron información clara, concreta, real, seria, concisa y detallada del mejor plan de pensión y las consecuencias del traslado de régimen; y que presentó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES**, la cual fue resuelta de forma negativa (*pág. 2 a 13, archivo “01Demandaanexos”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones elevadas en su contra. Aceptó la afiliación a esa AFP, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *actos de relacionamiento*; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; el demandante se encuentra inhabilitado 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable; prescripción de la acción; prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración; buena fe y la genérica (pág. 3 a 18, archivo “10Escritocontestaciondemandaskandia”). Llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (pág. 65 a 72, archivo “10Escritocontestaciondemandaskandia”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación en el RPM, la radicación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *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 la innominada o genérica (pág. 02 a 14, archivo “11Escritocontestacioncolpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe,

inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 29, archivo “12Escritocontestaciondemandaporvenir”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación a esa AFP, la solicitud presentada y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló 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; traslado de aportes; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (pág. 3 a 29, archivo “14Escritocontestacionproteccion”).

Mediante providencia del 16 de noviembre de 2022, se admitió el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo “16Autotieneporcontestadademandaadmitellamam...”), entidad que al contestar la demanda ni se opuso ni se allanó a las pretensiones expresando que no le corresponde a ella efectuar el pronunciamiento del caso. Formuló las excepciones de *las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles* y reconocimiento oficioso de excepciones. Frente al llamamiento en garantía aceptó la iniciación del proceso ordinario laboral, la suscripción de contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia entre SKANDIA y MAPFRE y los respectivos pagos realizados por SKANDIA. Frente a los demás hechos expresó que no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *llamamiento en garantía realizado a MAPFRE 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; MAPFRE 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 MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (pág. 2 a 21, archivo “18Escritocontestacionllamamiento”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:04:23, archivo “25Grabacionaudienciaart77y80”)

El 22 de agosto de 2023, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO. DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por el demandante HUVER ELIAS POSADA SUAREZ al régimen de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO. CONDENAR** al fondo de pensiones SKANDIA S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO. CONDENAR** a los fondos de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, causado durante la vigencia de la afiliación del demandante, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO. CONDENAR** a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos legales, las*

*semanas cotizadas por el demandante. **QUINTO. DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SEXTO. ABSOLVER** a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS de las pretensiones incoadas por SKANDIA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEPTIMO. CONDENAR** en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR., PROTECCIÓN y SKANDIA, a razón del 33.33% a cargo de cada, fijándose como agencias en Derecho la suma de \$1'500.000. **OCTAVO. 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 la suma de \$800.000...”.*

Como sustento de la decisión la Juez indicó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de la prueba de demostrar el deber de información recae en los fondos de pensiones, y al revisar el plenario de los formularios de afiliación no se puede establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió dicha afiliación y del interrogatorio rendido por el actor no se obtiene ninguna confesión, por lo cual dedujo que las AFP no lograron demostrar que el demandante tuvo conocimiento claro, preciso y transparente respecto de las características propias del Régimen de Ahorro Individual, razón suficiente para declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **SKANDIA** presentó recurso de apelación de forma parcial contra la condena tendiente a devolver a los conceptos descontados por gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, debidamente indexados. Señaló que los referidos conceptos son expresamente autorizados por la Ley para la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante y la generación de rendimientos, por lo que solicita se tenga en cuenta la teoría de las restituciones mutuas; que no es procedente el retorno de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, teniendo en cuenta que dicha aseguramiento fue permanente y el demandante ha gozado de la cobertura durante toda vinculación, además que el mencionado porcentaje ya fue pagado la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte del actor, y por lo tanto no se encuentra en las arcas de la AFP y debe ser dicha aseguradora quien los retorne;

y que los rendimientos compensan cualquier rubro por indexación (*min. 01:06:21, archivo “25Grabacionaudienciaart77y80”*).

El apoderado de la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial respecto de la condena por indexación, pues aduce que resultaría una doble sanción dado que, además que se le ordena devolver valores distintos a los ordenados por la Ley, de manera clara se observa que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que ha realizado **PORVENIR**, por un acto jurídico que produjo plenos efectos, con creces supera esa pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado, representados en sus aportes pensionales, conforme lo ha establecido el Tribunal Superior de Cundinamarca y Tribunal Superior de Cali (*min. 01:09:28, archivo “25Grabacionaudienciaart77y80”*).

Y la apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Considera que se pasó por alto que para el momento del traslado pensional los únicos requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 es la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado, consignado a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud; que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previsto en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, y por tanto la sentencia viola gravemente el debido proceso de **COLPENSIONES** que sin haber participado en el trámite de traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, y tampoco puede salir perjudicada por un contrato que se celebró entre la parte demandante y las AFP; finalmente, que, de confirmarse la sentencia, ruega se mantenga las condenas a las AFP y condicione su cumplimiento al reintegro total de las cotizaciones (*min. 01:11:22, archivo “25Grabacionaudienciaart77y80”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** solicitaron la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, y la hay responsabilidad de la llamada en garantía, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) HUVER ELIAS POSADA SUAREZ** nació el 07 de julio de 1962 y se afilió al RPM a partir del 05 de febrero de 1988 (*pág. 15 y 45, archivo “01Demandaanexos”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 1° de febrero de 2001, con efectividad a partir del 1° de abril siguiente (*pág. 40 y 42, archivo “14Escritocontestacionproteccion”*); **iii)** y realizó traslados horizontales en el RAIS, a través de **PORVENIR** el 22 de enero de 2002 (*pág. 93 a 97, archivo “12Escritocontestaciondemandaporvenir”*), a ING el 07 de noviembre de 2022 (*pág. 42, archivo “14Escritocontestacionproteccion”*), y a **SKANDIA** el 15 de noviembre de 2011, donde permanece actualmente (*pág. 35 y 63, archivo “12Escritocontestaciondemandaporvenir”*)

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de

brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los*

parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

- Sobre el llamamiento en garantía.

El artículo 64 CGP consagró la figura del llamamiento de garantía, a favor de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio o el reembolso total o parcial del pago que haga como resultado de la sentencia en el proceso que promueva o se le promueva, o que según la ley sustancia tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. Por su parte, el artículo 65 CGP indica expresamente que la demanda por la cual se llame en garantía debe cumplir los requisitos exigidos en el artículo 82 CGP y demás normas aplicables, a su vez, el artículo 66 CGP establece el trámite del llamamiento en garantía.

La H. CSJ ha analizado la figura del llamamiento en garantía, indicando en providencia AL2622 de 2020, que tal figura consagrada en el artículo 64 CGP, permite incorporar al debate un tercero, que por vínculo legal o contractual, en caso de que el convocante sea hallado responsable frente al promotor del litigio, deba asumir la condena a reembolsar a éste lo pagado; adicionalmente, en providencia AC2900-2017, reiteró las reglas adoptadas en las sentencias SC Rad. 2000-00276-01 del 16 de diciembre de 2006 y SC5885 de 2016, afirmando que ésta figura tiene fundamento en una relación material de garantía de tipo personal, por la cual el llamante puede pedir que se transfieran al citado las consecuencias pecuniarias desfavorables previstas para el convocante en el litigio y que resulten ordenadas en el fallo.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, SANTANDER hoy **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación, no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que el funcionario de la AFP le señaló que en ese fondo se pensionaría en menos tiempo y obtendría un mayor monto pensional, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se precisa que actos como no usar el derecho de retracto, realizar diferentes traslados entre administradoras del RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP DEMANDADAS de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta los argumentos expuestos en la alzada por **SKANDIA** y **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de la totalidad de los conceptos referidos en precedencia se confirmará la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la

historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará este aspecto de la sentencia.

También se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó el llamamiento en garantía. En este caso, no se comparte el argumento de **SKANDIA** porque no se acredita siquiera de forma sumaria una relación material de garantía, pues si bien **SKANDIA S.A.** celebró contrato de seguro previsional con **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados de la AFP, del contenido de las pólizas aportadas se advierte que el único riesgo cubierto por la aseguradora fue la suma adicional para financiar las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin incluir ningún amparo de las consecuencias pecuniarias derivadas de la declaración judicial de ineficacia del traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados entre AFP (*pág. 75 a 80, archivo “09ContestacionDemandaSkandiaLlamamientoGarantia”*).

Las pólizas aportadas no acreditan que la compañía aseguradora se obligara a cubrir el riesgo pecuniario de la devolución de gastos administrativos cobrados al afiliado durante su permanencia a la AFP ante la ineficacia del traslado al RAIS por omisión de las obligaciones de información y buen consejo, por tanto, dicho riesgo no lo trasladó el tomador al asegurador en los términos señalados en los artículos 1037, 1045, 1054, 1056 CCO, por lo cual no hay ningún mérito para acceder al llamamiento en garantía reclamado.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los efectos patrimoniales de la

ineficacia del traslado pensional por omisión de las obligaciones de información y buen consejo los debe asumir la AFP con cargo a sus propios recursos.

En efecto, la Alta Corte ha sostenido que los gastos de administración, pólizas de seguro previsional y comisiones deben ser retornados a **COLPENSIONES** por las AFP, por el tiempo de vinculación del afiliado, conforme las sentencias SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras.

Así las cosas, es la AFP y no la compañía de seguros quien debe asumir con cargo a sus propios recursos el perjuicio económico de retornar el afiliado al RPM, sin que dicho riesgo haya sido transferido contractualmente a la aseguradora.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HUVER ELIAS POSADA SUAREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2021 00285 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 29-2020-00108-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada de la **FIDUPREVISORA S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia del 17 de agosto de 2023, que condenó a la **FIDUPREVISORA S.A.** al pago de la indexación del retroactivo del retroactivo pensional y de las costas procesales y absolvió a la **FIDUAGRARIA S.A.** de todas las pretensiones formuladas en su contra (min. 24:18 archivo “23ActaAudienciaJuzgamiento”).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA.**

JUAN MANUEL FONSECA SALAZAR llamó a juicio a la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A.** en calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL BANCO CAFETERO EN LIQUIDACIÓN, con el fin de que se condene al pago indexado de la suma de \$112.212.866 por concepto de indexación de las mesadas de la pensión de jubilación causadas entre el 30 de abril de 2006 al 29 de abril de 2011, pagadas el 04 de diciembre de 2018 y el 30 de enero de 2019 y costas procesales.

Como fundamento fáctico, indicó que mediante proceso ordinario laboral se condenó al BANCO CAFETERO al pago de la pensión legal de

jubilación oficial contenida en el artículo 1 de la ley 33 de 1985, en cuantía de \$3.243.092, condena liquidada y pagada por la demandada en la suma de \$237.250.444,39 a través de consignación de depósito judicial ente el BANCO AGRARIO y a órdenes del Juzgado 14 Laboral los días 04 de diciembre de 2018 y 30 de enero de 2019, aduciendo que las mesadas pensionales liquidadas corresponden a valores nominales afectados por la inflación, que no se actualizan como deuda de valor real en la fecha de pago, habiendo transcurrido aproximadamente 13 años de depreciación entre la fecha inicial de reconocimiento y la fecha de pago.

Dijo, que en el proceso ordinario no fue objeto de pronunciamiento alguno el pago de la indexación que aquí se pretende, por lo que no existe cosa juzgada.

Para finalizar, agregó que el 12 de julio de 2019, solicitó ante la demandada la indexación de los valores pagados, petición negada en ese mismo mes. (Pág. 88 a 92 archivo “01ExpedienteDigitalaFolio93”).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A.** en calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL BANCO CAFETERO EN LIQUIDACIÓN se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, relativos a la condena impuesta en el proceso ordinario, la liquidación y pago de la condena mediante consignación de depósito judicial, la pérdida de poder adquisitivo del valor pagado, la exclusión de la pretensión de indexación dentro del proceso ordinario y la negativa de la reclamación administrativa presentada por el demandante. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de relación legal y/o contractual entre el demandante y FIDUAGRARIA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL BANCO CAFETERO, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, compensación y la innominada (Pág. 2 a 8 archivo “04ContestacionFiduagraria”).

Por Auto del 30 de noviembre de 2020 se dispuso la vinculación oficiosa de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL BANCO CAFETERO (Pág. 136 a 137 archivo “01ExpedienteDigitalaFolio93”), sociedad que dentro del término legal manifestó su oposición frente a todos los pedimentos del actor y dijo no constarle ninguno de los hechos narrados en el libelo de demanda. Para cimentar su defensa, invocó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación, cobro de lo no debido, pago, FIDUPREVISORA no es la entidad competente para responder por los hechos de la demanda, FIDUPREVISORA no es la entidad competente para responder por las pretensiones de la demanda, inexistencia de solidaridad en los términos del artículo 1568 CC, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (Pág. 6 a 25 archivo “05ContestaciónFidupevisora”)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:50 archivo “23ActaAudienciaJuzgamiento”).

El 17 de agosto de 2023, el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: CONDENAR a FIDUCIARIA LA PREVISORA como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Banco Cafetero, a reconocer y pagar al señor JUAN MANUEL FONSECA, por concepto de indexación del retroactivo de mesadas pensionales canceladas en la suma \$ 113.155.800. SEGUNDO: CONDENAR en costas a la FIDUCIARIA LA PREVISORA como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Banco Cafetero y en favor del demandante, fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente. TERCERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A FIDUAGRARIA S.A. en calidad de vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL BANCO CAFETERO de las pretensiones formuladas en su contra. CUARTO. De no ser apelada la sentencia consultarse con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá. (...)”

El Juzgado fijó como problema jurídico, establecer si al demandante le asiste el derecho a que le sea cancelado el valor de la

indexación de las mesadas pensionales causadas entre el 30 de abril de 2006 al 29 de abril de 2011 y determinar a cuál de las codemandadas le asiste esta obligación.

Para resolver, la Juez indicó que en el presente proceso no existe discusión frente al reconocimiento pensional de jubilación a favor del actor efectuado dentro del proceso ordinario ya conocido, ni respecto al valor cancelado al demandante por concepto de las mesadas pensionales causadas entre el 30 de abril de 2006 al 29 de abril de 2011. Seguidamente, refirió que en este caso existió un detrimento en el valor adquisitivo de la moneda, como quiera que el retroactivo pensional, por las mesadas adeudadas del año 2006 al 2011, solo fue cancelado hasta el año 2019, por lo que hay lugar a ordenarse el pago de la indexación de ese retroactivo, para lo cual se debe aplicar la fórmula adoptada por la H. CSJ y por el Consejo de Estado, obteniendo un valor de \$113.155.800. Por otro lado, dijo que en el proceso ordinario no hubo lugar al pago de intereses moratorios, ni tampoco hubo pronunciamiento ni estudio sobre la figura de la indexación, por lo que no operó el fenómeno de cosa juzgada. En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, señaló que atendiendo lo dicho por la H. CSJ Sala Laboral, la **FIDUPREVISORA S.A.** en su calidad de vocera y administradora del PAR BANCO CAFETERO debe ser condenada al pago de la condena impuesta, habida cuenta que no hay certificación del agotamiento de los recursos de la fiducia. En lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, dijo que entre la fecha en que le fue cancelado el retroactivo al demandante, la fecha de agotamiento de la reclamación administrativa y la interposición de la demanda, no transcurrieron tres años por lo que no hay lugar a declarar probado este medio exceptivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 39:16 archivo “23ActaAudienciaJuzgamiento”).

La apoderada de la **FIDUPREVISORA S.A.** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, tras considerar que esa entidad no es ni ha sido liquidador del extinto BANCO CAFETERO EN LIQUIDACIÓN y su relación con esa empresa se limita a haber servido como un fiduciario dentro del contrato de fiducia mercantil, limitándose

únicamente a la administración de recursos y activos, sin que implique que la fiduciaria adquiriera la calidad de parte, cesionaria, liquidadora, ni sustituto patronal de las obligaciones que tenía a cargo el BANCO CAFETERO; que esa entidad no es la entidad competente para responder por la indexación pretendida, teniendo en cuenta que ni **FIDUPREVISORA** ni el PAR han recibido la documentación para el trámite de inclusión en nómina pensional o conmutación pensional por parte de **FIDUAGRARIA** y a favor del demandante, por lo que es **FIDUAGRARIA** la única que puede responder por los hechos y pretensiones de la demanda, además que fue la entidad llamada a responder por el pago de las sumas pensionales. En caso de que se reitere la condena impuesta, solicita que se establezcan de dónde deben salir los rubros para su pago, por cuanto no puede disponerse un pago que no esté pactado dentro del contrato de fiducia mercantil.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **FIDUPREVISORA S.A.** solicitó la revocatoria íntegra de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, absolver a su representada de todas las pretensiones de la demanda, indicando que la entidad nunca estuvo vinculada al proceso 2006-00697, el cual dio origen a la reclamación presentada por el demandante, tampoco ha recibido documentación alguna para el trámite de inclusión en nómina pensional o conmutación pensional por parte de **FIDUAGRARIA S.A.** y en favor del demandante. Las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos en esta instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **FIDUPREVISORA S.A.**, su calidad de entidad pública del orden nacional y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes constituidos por el extinto **BANCO CAFETERO EN LIQUIDACIÓN**, permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado

jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **FIDUPREVISORA S.A.**

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho al demandante al pago de la indexación del retroactivo pensional; en caso afirmativo, si la condena en tal sentido debe ser impuesta a la **FIDUPREVISORA S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: *ij*) el demandante **JUAN MANUEL FONSECA SALAZAR** instauró demanda ordinaria laboral contra el BANCO CAFETERO EN LIQUIDACIÓN con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión legal de jubilación oficial prevista en el artículo 1 de la ley 33 de 1985, la indexación previa de la base salarial e intereses de mora, proceso conocido por el Juzgado 14 Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, bajo radicado 2006-00697, quien mediante sentencia proferida el 28 de diciembre de 2007 absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas, decisión revocada por este Tribunal en providencia del 28 de agosto de 2008, condenándose al BANCO CAFETERO S.A. EN LIQUIDACIÓN al pago a favor del actor de la pensión legal de jubilación oficial a partir del 30 de abril de 2006, en cuantía de \$3.243.092, con los reajustes legales futuros y al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, providencia casada parcialmente por la H. CSJ Sala de Casación Laboral el 23 de agosto de 2017 en lo relativo a la condena por intereses moratorios (Pág. 2 a 62

archivo

“13FiduagrariaAllegaExpediente200600697delJuzgado14LaboralCto”);

ii) la demandada **FIDUAGRARIA S.A.** realizó el pago de tres (3) consignaciones de depósitos judiciales ante el Banco Agrario a favor del Juzgado 14 Laboral de Descongestión del Circuito y a órdenes del proceso ordinario 2006-00697, la primera, el 30 de noviembre de 2018 por valor de \$2.800.000 por concepto de costas procesales, la segunda, el 03 de diciembre de 2018 por valor de \$204.459.851,33 por concepto de indexación de las mesadas pensionales causadas entre el 30 de abril de 2006 al 29 de abril de 2011, y la tercera, el 30 de enero de 2019 por valor de \$29.295.931,07 por concepto de reliquidación de condena (Pág. 64 a 71 archivo

“13FiduagrariaAllegaExpediente200600697delJuzgado14LaboralCto”);

iii) el 12 de julio de 2019 la demandante presentó reclamación administrativa ante **FIDUAGRARIA S.A.**, despachada desfavorablemente mediante oficio PE-587 del 22 de julio de 2019 (Pág. 56 a 61 archivo *“01ExpedienteDigitalaFolio93”*).

En la sentencia de primera instancia, se condenó a **FIDUPREVISORA S.A.** al pago de la indexación del retroactivo pensional cancelado por concepto de las mesadas causadas entre el 30 de abril de 2006 al 29 de abril de 2011. Contra la anterior decisión, la apoderada de **FIDUPREVISORA S.A.** interpuso recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **FIDUPREVISORA S.A.**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Sobre la indexación del retroactivo pensional.

La institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

- **El fenómeno de la prescripción en materia laboral.**

El artículo 151 CPTSS determina que las acciones de las leyes sociales prescribirán en tres años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, pero el simple reclamo escrito del trabajador la interrumpirá por un lapso igual.

Ahora bien, el artículo 6° de ese mismo cuerpo normativo, establece que las acciones contenciosas en contra de alguna entidad de la Administración Pública sólo podrán iniciarse cuando se agote la reclamación administrativa y que mientras esté pendiente dicho agotamiento, el término de prescripción de la respectiva acción se suspende.

Frente a esta última norma, la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 20 de septiembre de 2006 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, determinó cual era el alcance que tenía el agotamiento de la reclamación administrativa y en consecuencia hasta cuando se extendía la suspensión del término de prescripción; disponiendo entonces que dicha reclamación, realizada ante cualquier entidad de la administración pública queda agotada en dos eventos a discreción del solicitante así: **i)** Cuando la administración resuelva de fondo la petición y quede debidamente notificada, extendiéndose la suspensión del término prescriptivo hasta ese último momento, o **ii)** Cuando transcurrido un mes contado a partir de la reclamación, la administración no ha dado respuesta de fondo y el administrado decide iniciar la correspondiente acción ante la jurisdicción laboral, suspendiéndose en este caso el término de prescripción únicamente durante ese mes, sin que tal situación se modifique ante una respuesta de fondo emitida por la

administración después de iniciada la mencionada acción ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Bajo esos parámetros, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13000 de 26 de agosto de 2015 radicación N°55.524, al conjugar las normas mencionadas en precedencia con la sentencia C-792 de 2006, determinó que al presentarse la reclamación administrativa el término de prescripción se interrumpe de conformidad con lo previsto en el artículo 151 CPTSS, pero que dicho término solo puede contabilizarse nuevamente cuando quede agotada la reclamación administrativa, en consideración a que durante ese periodo el término de prescripción no corre al estar suspendido.

CASO CONCRETO

En el caso de autos, como se dijo, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 2006-00697 se condenó al extinto BANCO CAFETERO EN LIQUIDACIÓN al pago a favor del señor **JUAN MANUEL FONSECA** de la pensión legal mensual de jubilación prevista en el artículo 1 de la ley 33 de 1985, a partir del 30 de abril de 2006, en cuantía de \$3.243.092 (Pág. 2 a 62 archivo *“13FiduagrariaAllegaExpediente200600697delJuzgado14LaboralCto”*).

Ahora, por lo que refiere en específico a la indexación aquí solicitada, se advierte que en providencia proferida por la H. CSJ Sala de Casación Laboral el 23 de agosto de 2017, se casó parcialmente la sentencia de segunda instancia, confirmándose la de primera instancia que absolvió del pago de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, sin que exista discusión frente al hecho de que la Alta Corte en su decisión no realizó pronunciamiento alguno frente a la procedencia o no de la indexación del retroactivo pensional (Pág. 38 a 62 archivo *“13FiduagrariaAllegaExpediente200600697delJuzgado14LaboralCto”*).

Tampoco hay duda con respecto a que la parte demandante no solicitó en tal momento el derecho a percibir la corrección monetaria, lo que demuestra que dentro de esa acción (Rad. 2006-00697), no se debatió el tema propuesto en el presente ordinario laboral, por lo que,

como atinadamente lo definió la *a quo*, no se ha presentado respecto a la indexación solicitada, el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

Aclarado lo anterior, reiterándose que la **FIDUAGRARIA** liquidó el respectivo retroactivo pensional por concepto de las mesadas causadas entre el 30 de abril de 2006 y el 29 de abril de 2011, el cual fue pagado en dos partes, a saber: la suma de \$204.459.851,33 el 03 de diciembre de 2018 y la suma de \$29.295.931,07 el 30 de enero de 2019, para un total de \$233.755.782,4 (Pág. 64 a 71 archivo “13FiduagrariaAllegaExpediente200600697delJuzgado14LaboralCto”).

Dimana evidente que entre el 30 de enero de 2019, fecha en que se efectuó el pago total de las mesadas pensionales, causadas entre el 30 de abril de 2006 y el 29 de abril de 2011, transcurrió un periodo de tiempo considerable, por lo que tal como se decidió en sentencia de primera instancia, la demandada debería, por razones de equidad, efectuar el reconocimiento de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, en ese orden, resulta adecuado que se compense dicha pérdida con la aplicación de la fórmula de actualización, al atender la naturaleza de tracto sucesivo de la prestación social, resultando entonces procedente la indexación aplicada sobre el retroactivo pensional cancelado, teniendo en cuenta la fecha que medió entre la exigibilidad individual de cada mesada pensional y la fecha en que efectivamente se hizo el pago.

De manera que, no existiendo duda en que el señor **JUAN MANUEL FONSECA** tiene derecho a que se le reconozca la indexación que reclama, lo que debe estudiarse a continuación, es si la actualización de esas sumas de dinero que se generaron a favor del actor sobre cada una de las mesadas causadas entre las fechas relacionadas anteriormente y pagadas por **FIDUAGRARIA** en el mes de enero de 2019, fueron cobijadas por el fenómeno de la prescripción.

En este aspecto, es importante reiterar la falta de interés del demandante por obtener el reconocimiento y pago de la indexación sobre cada una de las mesadas pensionales causadas entre el 30 de abril de 2006 y el 29 de abril de 2011, pues en desarrollo del proceso ordinario

laboral (Rad. 2006-00697), tal concepto no fue objeto de pretensión, como tampoco punto de apelación o casación, ni aparece solicitud de adición de las providencias que los resolvieron tendiente a incluirla como parte de la condena. Solo hasta el 12 de julio de 2019, el demandante elevó reclamación administrativa tendiente a obtener la actualización o indexación mes a mes en su valor real de las mesadas pensionales canceladas (Pág. 56 a 57 archivo “01ExpedienteDigitalaFolio93”), interrumpiendo de esa manera el término de prescripción que venía corriendo sobre la indexación generada sobre cada una de las mesadas pensionales insolutas.

Así las cosas, el fenómeno jurídico de la prescripción cobijó la totalidad de la indexación sobre cada una de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 12 de julio de 2016, encontrándose prescrita notoriamente la actualización reclamada en el presente proceso, la cual se limita a las mesadas causadas entre el 30 de abril de 2006 al 29 de abril de 2011.

En consecuencia, no hay lugar a imponer condena alguna.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, y lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Las costas de primera instancia a cargo de la parte demandante. Sin costas en la instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, y en su lugar, **ABSOLVER** a la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A.** y a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

TERCERO: COSTAS de primera instancia a cargo de la parte demandante. Sin costas en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 29-2020-00397-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **CICSA COLOMBIA S.A.S.** contra la sentencia del 25 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, condenó a la demandada a pagar la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a Seguridad Social, indemnización por terminación del contrato sin justa causa e intereses moratorios (*min.03:46:27, enlace archivo "30ActaAudiencia"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JORGE ARMANDO BARRAGAN CEDIEL llamó a juicio a **CICSA COLOMBIA S.A.S.** y **CLARO (COMCEL S.A.)** con el fin de que se declare la existencia de un vínculo laboral desde el 02 de marzo de 2015 hasta el 16 de noviembre de 2017, se reconozca el reajuste salarial con ocasión de lo realmente devengado; en consecuencia, se condene al pago de la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a salud y pensión, sanción por no consignación

de cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, horas extras y dominicales, indemnización por despido, indemnización moratoria, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. Y de no acceder a las súplicas principales se condene a **COMCEL** al pago de estas.

Como fundamento fáctico indicó que laboró al servicio de **CICSA COLOMBIA S.A.S.**, contratista de CLARO, desde el 02 de marzo de 2015 hasta el 16 de noviembre de 2017, fecha en la cual presentó renuncia motivada; que durante la relación laboral desempeñó el cargo de técnico en instalaciones, cumpliendo un horario, durante los años 2015 y 2016, de 6:00 am a 5:00 pm, 5:30 pm y en otros 6:00 pm; que en el año 2017, se presentó una variación en el horario de ingreso fijándose a las 5:30 am; que pese a que en el contrato se estableció como remuneración un salario mínimo legal mensual vigente en la realidad aparte de ese básico le reconocían unas bonificaciones habituales y permanentes correspondiente al número de visitas realizadas, las cuales no se tuvieron en cuenta para liquidar prestaciones sociales y aportes a seguridad social; finalmente, que si bien el contrato laboral se firmó con **CICSA COLOMBIA** siempre realizó su trabajo bajo la publicidad de CLARO, en los uniformes, logos de carnet, asistió a reuniones y capacitaciones citadas directamente por CLARO, que el centro de gestión de operaciones (CGO) es de CLARO y los servicios que se instalaban en las visitas eran los servicios de CLARO hogar (*pág. 2 a 11, archivo “06SubsanacionDemanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las excepciones de inexistencia de solidaridad, inexistencia de contrato de trabajo respecto de Comcel, falta de causa material, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de las obligaciones indemnizatorias, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (*pág. 2 a 16, archivo “08ContestacionComcelSALLamamientoenGarantia”*). A su vez, llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A. (*pág. 67 a*

70, archivo “08ContestacionComcelSALLlamamientoenGarantia”), solicitud que fue admitida en providencia del 07 de septiembre de 2021 (09AutoContestaLLamaEnGarantia).

SEGUROS DEL ESTADO S.A. se opuso a las pretensiones, negó los hechos de la demanda y respecto del llamamiento aceptó la existencia del proceso, la pretensión relacionada con la declaratoria de responsabilidad solidaria y la constitución de la póliza de cumplimiento. Frente a la demanda propuso la excepción de ausencia de responsabilidad de Telmex Colombia S.A. por cuanto no se encuentra probada la solidaridad y sobre el llamamiento formuló las excepciones de cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por el concepto de vacaciones, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por la imposición de la sanción moratoria, compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 13, archivo “11ContestacionLlamadoEnGarantiaSeguros...”).

CICSA COLOMBIA S.A.S. se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y propuso como previas las excepciones de *prescripción* e ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y como de fondo las excepciones de *inexistencia de la obligación* y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación (pág. 2 a 43, archivo “12ContestacionCicsaColombia”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.03:46:27, enlace archivo “30ActaAudiencia”).

El 25 de enero de 2023, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre la demandada **CICSA COLOMBIA SAS** y el señor **JORGE ARMANDO BARRAGAN CEDIEL** existió un contrato de trabajo a término indefinido del 2 de marzo de 2015 al 16 de noviembre de 2017, devengado como último salario promedio mensual la suma de \$2.446.892. **SEGUNDO: DECLARAR** parcialmente prescritas las prestaciones causadas con anterioridad al 30 de julio de 2017, a excepción de los aportes a seguridad social en pensiones. **TERCERO:**

CONDENAR a la demanda CICSA COLOMBIA SAS a pagar al demandante JORGE ARMANDO BARRAGAN CEDIEL, por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, teniendo en cuenta el salario realmente devengado las siguientes sumas de dinero:

Auxilio de cesantías	\$ 487.056
Intereses sobre cesantías	\$ 17.696
Prima de servicios	\$ 487.056
Vacaciones	\$ 243.528
Total prestaciones sociales	\$ 1.235.336

CUARTO: CONDENAR a la demanda CICSA COLOMBIA SAS a pagar los aportes en seguridad social en pensiones, según el cálculo actuarial que realice el fondo al cual se encuentra afiliado el demandante, teniendo en cuenta los valores que fueron señalados en la parte motiva, o sea en los siguientes periodos y valores:

	2015	2016	2017
enero		\$ 2.138.550,00	\$ 1.894.545,00
febrero			\$ 2.583.783,00
marzo		\$ 2.615.545,00	\$ 2.488.669,00
abril		\$ 805.485,00	\$ 2.552.078,00
mayo	\$ 2.444.650,00	\$ 1.038.000,00	\$ 1.967.078,00
junio	\$ 2.200.650,00	\$ 2.353.045,00	\$ 2.431.283,00
julio	\$ 1.999.150,00	\$ 2.585.545,00	\$ 1.238.669,00
agosto	\$ 2.685.500,00	\$ 2.377.937,00	\$ 1.691.283,00
septiembre	\$ 1.480.000,00	\$ 2.233.045,00	\$ 1.120.783,00
octubre	\$ 1.955.150,00	\$ 1.848.045,00	\$ 754.353,00
noviembre	\$ 368.150,00	\$ 1.537.545,00	\$ 229.465,00
diciembre	\$ 1.906.150,00	\$ 1.770.045,00	

QUINTO: CONDENAR a la demanda CICSA COLOMBIA SAS a pagar al demandante JORGE ARMANDO BARRAGAN CEDIEL, por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa atribuible al empleador la suma de \$5.301.599. **SEXTO: CONDENAR** a la demanda CICSA COLOMBIA SAS a pagar al demandante JORGE ARMANDO BARRAGAN CEDIEL, los intereses moratorios consagrados en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del 16 de noviembre de 2019 y hasta cuando se realice el pago de las prestaciones relacionadas en el numeral tercero de la presente sentencia. **SÉPTIMO: ABSOLVER** a la demandada CICSA COLOMBIA SAS del resto de pretensiones incoada en su contra. **OCTAVO: ABSOLVER** a la demandada COMUNICACIÓN CELULAR S.A - COMCEL S.A. y a SEGUROS DEL ESTADO S.A. de las pretensiones incoada en su contra. **NOVENO: CONDENAR** en costas a la parte demandada CICSA COLOMBIA SAS fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 (...). SIC.

Como sustento de la decisión, la Juez fijó como extremo final de la relación laboral el 16 de noviembre de 2017 atendiendo que ese día

se presentó la renuncia y en la misma fecha fue aceptada. Respecto a las bonificaciones y auxilios, precisó que los rubros de auxilio de comunicación y rodamiento pese a que se habían pactado como no salarial y se habían fijado en la suma de \$1.000 y \$5.000 por día laborado, los montos reconocidos al trabajador mes a mes superaron con creces los valores fijados previamente, por lo que todo aquello que exceda a \$26.000 y \$120.000 mensuales se debe considerar salario- Respecto de los pagos por bonificación, bonificación salarial y auxilio de alimentación estos no fueron pactados como no constitutivos de salarios por lo que también se deben tener en cuenta para la reliquidación de prestaciones sociales, dado que hacían parte del salario devengado por el demandante. A su vez declaró probada parcialmente la excepción de prescripción sobre aquellos derechos causados con anterioridad al 30 de julio de 2017, a excepción de los aportes a la seguridad social, por lo que ordenó el pago de prestaciones sociales y vacaciones del año 2017 teniendo como base salarial la suma de \$1.608.625 y la reliquidación de aportes pensionales generados durante toda la relación laboral.

Señaló que el demandante acreditó las causales de terminación del contrato, por lo que ordenó el pago de la indemnización por despido sin justa causa atribuible al empleador. Sobre la indemnización moratoria precisó que existió mala fe del empleador ya que lo que hizo fue desnaturalizar rubros que constituían salario pero que al presentarse la demanda más allá de los 24 meses después de terminado el contrato de trabajo lo que procede es el pago de intereses moratorios a partir del mes 25 y hasta cuando el pago de las prestaciones sociales se verifique. Finalmente, absolvió de horas extras y trabajo suplementario ante su no demostración y también de la responsabilidad solidaria dado que era una pretensión que se presentó de forma subsidiaria.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **CICSA COLOMBIA S.A.S.** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que las

bonificaciones no eran contantes y habituales, los auxilios de rodamiento y de comunicación no constituían factor salarial al haberse pactado de esa manera y constituir un acto de mera liberalidad que no tenía por objeto generar retribución por el servicio ni enriquecer el patrimonio de la parte actora, tampoco fue un actuar temerario del empleador, sino que la finalidad del reconocimiento de estas sumas era que se pudiera ejecutar el servicio (*min.03:50:28, archivo enlace “30ActaAudiencia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandada **CICSA COLOMBIA S.A.S.** solicitó la revocatoria de la sentencia reiterando los argumentos expuestos en la alzada e incluyendo aspectos que no fueron objeto de recurso de apelación. Los apoderados del demandante y **COMCEL** pidieron la confirmación del fallo.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si las bonificaciones, auxilios de rodamiento y de comunicaciones que devengó el demandante constituyen salario, así como la procedencia de la indemnización moratoria, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** entre el demandante **JORGE ARMANDO BARRAGAN CEDIEL** y la demandada **CICSA COLOMBIA S.A.S.** se

celebró un contrato de trabajo vigente desde el 02 de marzo de 2015 (pág. 50 a 52, archivo “12ContestacionCicsaColombia”) hasta el 16 de noviembre de 2017 (*así se dispuso en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de recurso por ninguna de las partes*); **ii)** entre el empleador y el trabajador se celebró *otro si* contractual donde se estipuló que el auxilio de comunicaciones y rodamiento no son constitutivos de factor salarial (pág. 53, archivo “12ContestacionCicsaColombia”); **iii)** en comunicación del 16 de noviembre de 2017 **JORGE ARMANDO BARRAGAN CEDIEL** dio por terminado el contrato de trabajo, aduciendo justa causa imputable al empleador (pág. 61 a 63, archivo “12ContestacionCicsaColombia”), renuncia que fue aceptada por la demandada en escrito de la misma fecha (pág. 64 a 65, archivo “12ContestacionCicsaColombia”).

- Sobre el concepto de Salario.

Conforme el artículo 127 CST, el salario abarca la remuneración ordinaria del trabajador y también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. De lo anterior, es posible inferir que es salario todo pago, en dinero o especie, que retribuye el servicio personal prestado por el trabajador.

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificó el artículo 128 CST, a fin de indicar que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco los pagos que recibe no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente o dados de forma extralegal, si las partes disponen expresamente que no constituyen salario.

Atendiendo los anteriores presupuestos normativos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su

fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que aparezca en una cláusula del contrato o en un otrosí que suscriban las partes y con aparentes tintes de legalidad, pues tales estipulaciones simple y llanamente pierden eficacia a la luz del artículo 43 del CST (SL403-2013, SL10995-2014, SL4866-2020, SL986-2021, entre otras).

Igualmente, la misma Corporación ha resaltado que las partes unidas mediante un contrato de trabajo sí pueden establecer que determinados pagos no constituyen salario, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo y por tanto no es para beneficio del trabajador, mucho menos para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (SL9544-2014, SL10995-2014, SL1437-2018). A su vez, que el acuerdo entre las partes debe especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial de forma expresa, clara, precisa y detallando cada rubro que cubre, so pena de que toda cláusula global o genérica que cause duda sobre si es o no salario deba ser resuelta a favor del trabajador (SL4342 de 2020, SL4866 de 2020).

De otra parte, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y, de ser así, en principio, estos se consideran retributivos del servicio, trasladándose la carga de la prueba al demandado, quien, para evitar las consecuencias prestacionales, debe demostrar que su fin era otro (CSJ SL986-2021, SL4313-2021).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró el carácter salarial de los conceptos denominados auxilio de rodamiento, auxilio de comunicación, bonificación, bonificación salarial y auxilio de alimentación y, en virtud de ello, condenó a la sociedad demandada a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión.

Al respecto, el apoderado de **CICSA** al momento de elevar el recurso señaló que las bonificaciones no eran constantes y habituales y los conceptos de auxilio de rodamiento y de comunicación no constituyen factor salarial al haberse estipulado de esa manera y no tuvieron por objeto retribuir el servicio ni enriquecer el patrimonio dela parte actora.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la demandada, siendo relevante considerar que conforme con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y el referente jurisprudencial citado, para fijar la naturaleza salarial de un pago, le correspondía al trabajador demostrar la habitualidad y permanencia del beneficio extralegal para presumir que dicha prestación es constitutiva de salario, caso en el cual la carga de la prueba se invierte, siendo obligación del empleador justificar que dicho pago no remunera o retribuye de manera directa los servicios del trabajador.

Al respecto, nótese que las certificaciones expedidas por la demandada el 14 de agosto de 2015 y 03 de febrero de 2016 y los comprobantes de nómina de mayo de 2015, junio de 2015, julio de 2015, agosto de 2015 y septiembre de 2015 (*pág. 39, 41, 47 a 51, archivo “01Demanda”*), dan cuenta que **JORGE ARMANDO BARRAGAN CEDIEL** devengó durante ese periodo de forma constante sumas por conceptos de bonificaciones, en montos que superaron con creces su salario básico mensual. A su vez, recibió dinero por concepto de auxilio de alimentación por valores de \$1.541.150 (noviembre de 2015), \$891.485 (abril de 2016) y \$1.086.545 (mayo de 2016) (*pág. 54, 58 y 60, archivo “01Demanda”*), documentos que no fueron desconocidos por el empleador y que son sugestivos de que por los menos desde el inicio de la relación laboral hasta mediados del año 2016 devengó montos periódicos mensuales, aunque bajo la denominación de conceptos diferentes, sin que **CICSA** haya acreditado que sobre ellos se celebró pactos de exclusión salarial o que justificara que dichos pagos no remuneraron o retribuyeron de manera directa

los servicios del trabajador, motivo por el cual no había camino diferente a reconocerlos como factor salarial, como lo dispuso el Juzgador de instancia.

Respecto de los auxilios de rodamiento y comunicaciones, en principio le asiste razón a la parte apelante puesto que en efecto se acreditó en el juicio que el empleador y el trabajador pactaron, a través de *otro sí* contractual, que los dineros recibidos por estos conceptos no tenían por finalidad la prestación del servicio, sino que correspondían para el cabal cumplimiento de las funciones y facilitar la gestión contratada, aspecto que se armoniza con lo confesado por el demandante el interrogatorio donde expresó que utilizaba la moto de su propiedad para realizar los desplazamientos a los sitios donde debía cumplir las visitas técnicas y, además, que tenía un celular cuyos costos eran sufragados por la empresa (*min. 24:53, archivo “30ActaSentencia”*).

Sin embargo, se advierte que la remuneración convenida para estos beneficios se fijó en la suma de \$1.000 para el auxilio de comunicaciones y \$5.000 por auxilio de rodamiento, por cada día laborado, es decir, como máximo \$30.000 y \$150.000, respectivamente, por cada mes, acuerdo de voluntades que se mantuvo vigente durante toda la relación laboral. Si se tiene en cuenta los comprobantes de nómina aportados por el accionante y la demandada (*pág. 66, 73 a 107, archivo “12ContestacionCicsaColombia”*) los montos reconocidos mensualmente por estos auxilios no corresponden a esa delimitación monetaria, como se detalla en la siguiente tabla:

Año	2015		2016		2017	
Mes	Auxilio de rodamiento	Auxilio de comunicaciones	Auxilio de rodamiento	Auxilio de comunicaciones	Auxilio de rodamiento	Auxilio de comunicaciones
Enero			\$1.189.642*	\$ 0	\$ 405.000	\$ 1.635.545
Febrero			\$1.380.400*	\$ 0	\$ 600.000	\$ 2.129.783
Marzo			\$ 600.000	\$ 0	\$ 600.000	\$ 2.034.669
Abril			\$ 600.000	\$ 1.053.960	\$ 600.000	\$ 2.098.078

Año	2015		2016		2017	
Mes	Auxilio de rodamiento	Auxilio de comunicaciones	Auxilio de rodamiento	Auxilio de comunicaciones	Auxilio de rodamiento	Auxilio de comunicaciones
Mayo	\$ 600.000	\$ 0	\$ 480.000	\$ 704.000	\$ 480.000	\$ 1.633.078
Junio	\$ 480.000	\$ 0	\$ 600.000	\$ 1.899.045	\$ 480.000	\$ 2.097.283
Julio	\$ 250.000	\$ 0	\$ 600.000	\$ 2.131.545	\$ 280.000	\$ 1.104.669
Agosto	\$ 600.000	\$ 0	\$ 600.000	\$ 1.923.937	\$ 405.000	\$ 1.432.283
Septiembre	\$ 240.000	\$ 0	\$ 480.000	\$ 1.899.045	\$ 360.000	\$ 1.230.783
Octubre	\$ 405.000	\$ 0	\$ 405.000	\$ 1.589.045	\$ 0	\$ 858.783
Noviembre	\$ 360.000	\$ 0	\$ 480.000	\$ 1.635.545	\$ 249.500	\$ 375.465
Diciembre	\$ 1.078.600	\$ 0	\$ 480.000	\$ 1.868.045		

*Auxilio de movilización

De los anteriores datos se observa que los montos reconocidos por estos beneficios extralegales superaron los topes pactados entre las partes. Y en aquellos periodos en que no se cancelaron sumas por concepto de auxilio de comunicaciones, el empleador reconoció otros referidos a bonificaciones y auxilios de alimentación. Frente a la habitualidad, permanencia y uniformidad del pago de estos auxilios extralegales es un aspecto que no fue objeto de controversia, además se acredita con los documentos incorporados al expediente.

Luego, bajo ese escenario, el empleador tenía la carga de la prueba de acreditar que esas sumas adicionales entregadas al actor cumplían la misma finalidad que originó la creación de estos auxilios, en los términos referidos jurisprudencialmente, esto es, demostrar que esas sumas entregadas por mera liberalidad no eran para beneficio del trabajador o para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, aspecto que adolece de medios de persuasión, y que resultaban relevantes en la medida en que a voces del actor y de los testigos Jhojan Alfredo Méndez Jaramillo (*min. 47:58, enlace archivo “30ActaSentencia”*) y Diego Edison García Castillo (*min. 01:08:06, enlace archivo “30ActaSentencia”*) la empresa les reconocía bonificaciones por el cumplimiento de metas de acuerdo con una tabla de puntos que se alimentaba de acuerdo con la cantidad de visitas atendidas y los tiempos de duración, cuyos controles y seguimientos

se realizaban por parte de los supervisores o por una plataforma digital, circunstancia que no fue desvirtuada por la pasiva.

Siendo ello así, para la Sala no hay duda de que los montos que superaron las sumas pactadas por concepto de beneficios extralegales denominados “*auxilio de rodamiento*” y “*auxilio de comunicaciones*”, así como las reconocidas bajo la denominación de bonificaciones y auxilios de alimentación, se otorgaron con el propósito de retribuir de forma directa y de manera periódica el servicio prestado por el demandante, lo que conlleva a que esos valores devengados se enmarquen en la regulación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que debieron tenerse en cuenta al momento de la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Como tal suceso no ocurrió durante la vigencia y finalización del contrato de trabajo, deviene procedente la reliquidación de las acreencias laborales reclamadas, motivo suficiente para descartar los argumentos elevados en la alzada y confirmar en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Al no presentarse inconformidad por la prosperidad parcial de la excepción de prescripción, los salarios obtenidos, los montos calculados por el *a quo* por reliquidación de acreencias laborales y aportes a seguridad social y la indemnización por despido indirecto, la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia, quedando únicamente por objeto de pronunciamiento lo relacionado con la indemnización moratoria.

- Sobre la indemnización moratoria

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que

es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

De otra parte, el mismo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado, de manera pacífica, que si el trabajador devengó un salario superior a 1 SMLMV, el contrato de trabajo terminó en vigencia de la Ley 789 de 2002 y se radicó la demanda posterior a los 24 meses, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, sino que el empleador deberá pagar al trabajador los intereses moratorios a la tasa máxima señalada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los créditos de libre asignación, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados. Dicha posición ha sido reiterada en las sentencias SL36577-2010, SL46385-2012, SL685-2013, SL10632-2014, SL3274-2018, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal confirmará la condena por este concepto, pues por la forma en que se desarrolló la relación laboral y dado que el empleador le restó el valor como salario a unos beneficios que sí tienen esa condición, es palmario concluir que tales aspectos no pueden ser constitutivos de actos de buena fe a favor del empresario, quien no podía desconocer tal calidad en los términos del artículo 127 del CST, y no probó cuál era la finalidad específica de dichos rubros.

Además, la celebración de un pacto de exclusión salarial no puede justificar al empleador para desconocer algo que es salario y, a su vez, pretender que ese actuar es revestido de buena fe, para exonerarse de la indemnización moratoria (SL5146-2020 y SL5146-2021).

Al producirse la reliquidación de prestaciones sociales, la consecuencia lógica es que se cause esta indemnización, pero solo bajo el reconocimiento de intereses moratorios, atendiendo el tiempo que transcurrió entre la terminación del contrato y la presentación de la acción, tema que no fue cuestionado por ninguna de las partes, dado que se dejaron de calcular correctamente los montos con la inclusión de los auxilios extralegales salariales.

Bajo el anterior análisis se confirmará la sentencia recurrida

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 30-2019-00727-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante **FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENAS** contra la sentencia del 24 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** y a **FERNANDO ALBERTO RUIZ ROMERO** como persona natural de todas las pretensiones (*min. 01:25:55, enlace archivo "11ActaAudiencia"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENAS llamó a juicio a **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** y a **FERNANDO ALBERTO RUIZ MORENO** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 03 de marzo de 2018 y el 10 de febrero de 2019; en consecuencia, se condene a los demandados de forma solidaria al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, indemnización por

despido injustificado, salarios, dominicales, aportes a pensiones, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que celebró contrato de trabajo verbal con **FERNANDO ALBERTO RUIZ MORENO**, representante legal de **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS**, iniciando labores a partir del 03 de marzo de 2018 como de jefe de planta, recibiendo órdenes e instrucciones de los representantes de dicha sociedad, cumpliendo horario de lunes a viernes de 6 am a 4:30 pm, los sábados de 6:00 am a 12:00 m y domingos dos veces por mes de 6:00 am a 4:00 pm, devengando un salario de \$2.500.000.

Manifestó que el gerente de la empresa **FERNANDO ALBERTO RUIZ MORENO** terminó el contrato el 10 de febrero de 2019 sin realizar el pago de las acreencias laborales y tampoco afiliación a seguridad social; que fue afiliado a ARL positiva únicamente dos días desde el 17 de septiembre de 2018 y pese a laborar 22 días dominicales no le fueron cancelados (pág. 12 a 26, archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS y **FERNANDO ALBERTO RUIZ MORENO** se opusieron a la totalidad de las pretensiones. Aceptaron la afiliación a la ARL Positiva, que el demandante si asistía a las instalaciones de la empresa a hacer los arreglos ocasionales de la maquinaria pero que era completamente autónomo en la realización de su oficio, que si asistía algún domingo era por voluntad propia y no por orden alguna, que no le pagaron acreencias laborales ni afiliación a seguridad social dada la inexistencia del contrato de trabajo, expresaron que los demás hechos no eran ciertos y formularon la excepción de *inexistencia de las obligaciones demandadas* (pág. 2 a 6, archivo “02ContestacionDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:25:25, archivo enlace “11ActaAudiencia”)

El 24 de enero de 2023, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*(...) “**PRIMERO: ABSOLVER** a ARCILLA E INVERSIONES ALIANZA S.A.S. identificada con NIT No. 900.359.954-8 y al señor como persona natural FERNANDO ALBERTO RUIZ MORENO de las pretensiones en su contra incoadas por el señor FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENAS. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandante liquidense por secretaría e inclúyase por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada la suma de \$300.000. **TERCERO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala laboral para que revise la sentencia que acabo de proferir por haber sido totalmente adversa a los intereses del trabajador demandante” (...).*

Como fundamento de su decisión, el Juez indicó que para que exista contrato de trabajo deben concurrir sus 3 elementos, esto es, la actividad personal, un salario y la subordinación. Para el caso en concreto, conformé al acervo probatorio, concluyó que no existe ningún medio que logré demostrar la fecha de inicio y terminación de la relación laboral, el horario que cumplía, las funciones realizadas y si bien debe aplicarse una presunción, el actor tenía que acreditar la existencia de dichos presupuestos y al no estar demostrados la decisión debe ser de carácter absolutorio.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se accedan a las pretensiones contenidas en la demanda. Adujo que la ley indica que, frente a las certificaciones laborales deben refutarse como ciertos los hechos que se expresan en ellas y que corresponde al demandado desvirtuar su contenido, más cuando para el caso concreto el documento no fue tachado por la parte demandada y el mismo **FERNANDO ALBERTO**

RUIZ MORENO indicó que él daba las órdenes en compañía de alguno de sus representantes, razón por la cual considera que quedó demostrada la prestación personal del servicio y la subordinación (*min 01:27:39, enlace archivo “11ActaAudiencia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de la ninguna de las partes.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante demostró haber prestado servicios personales a favor de los demandados y, de ser así, verificar los demás elementos de la existencia del contrato de trabajo y la procedencia de las prestaciones económicas reclamadas.

VII. CONSIDERACIONES

- **Acerca del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST establece que los elementos esenciales

del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 del CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

A su vez, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que los jueces del trabajo deben procurar desentrañar de los medios probatorios los extremos temporales de la relación laboral, que se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período,

para así poder calcular o conceder los derechos laborales o sociales que legalmente le correspondan al trabajador (CSJ SL rad. 25580 de 2006, SL42167 de 2012, SL905 de 2013 y SL14032 de 2016, entre otras).

CASO CONCRETO

Bajo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues revisado el material probatorio allegado y recaudado en el juicio, contrario a lo afirmado por el Juzgado de instancia, se concluye que el demandante si demostró haber prestado servicios personales a favor de **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS**, razón por la cual operó la presunción legal del elemento subordinación, como indiciario de la existencia de un contrato de trabajo.

Para llegar a la anterior conclusión se observa que con la demanda se allegó certificado de afiliación por parte de la ARL POSITIVA expedido el 16 de septiembre de 2018, el cual acredita que el demandante tuvo una vinculación dependiente con **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** por lo menos el 17 de septiembre de 2018 (pág. 9, *archivo "01ExpedienteDigitalizado"*), cuyo contenido no fue desconocido ni desvirtuado por la sociedad demandada. No existen más certificaciones, pese a lo alegado por la apoderada de la parte demandante en la alzada y lo referido por el testigo Alcibiades López Ávila (*min.23:28, enlace archivo "11ActaAudiencia"*), quien afirmó que le arrendó un apartamento al accionante y éste le presentó una certificación laboral que dice que es jefe de planta con un salario de \$3.000.000, sin embargo, esta prueba no fue allegada al proceso por ninguna de las partes, lo que impide su valoración.

Con la contestación se aceptó por parte de los demandados que **FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENAS** prestó servicios personales a favor de **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** pues acudía a las instalaciones de la empresa a hacer arreglos ocasionales

de la maquinaria, actividades remuneradas, aspecto que corroboró el representante legal de dicha compañía y demandado persona natural **FERNANDO ALBERTO RUIZ ROMERO** en el interrogatorio (*min. 00:17:30 y 00:45:58, enlace archivo “11ActaAudiencia”*), donde además señaló que las actividades del accionante eran coordinadas por José Edilberto Moreno, quien era el supervisor de la planta.

En tal sentido, la Sala encuentra demostrada la prestación personal del servicio de **FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENAS** a favor de la demandada **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS**, por lo que se presume la existencia de un contrato de trabajo, en los términos señalados en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, presunción que no fue desvirtuada por la parte pasiva, pues no logró acreditar que el demandante prestó un servicio de manera independiente y en ausencia de subordinación. Únicamente allegó como prueba copia de un contrato de trabajo a término indefinido a nombre de José Edilberto Peralta Moreno, persona que no hace parte del presente litigio (*pág. 7 y 8, archivo “02ContestacionDemanda”*) y en el interrogatorio rendido por **FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENA** (*min. 7:35, enlace archivo “11ActaAudiencia”*) no hubo manifestación alguna que pudiera calificarse como confesión a su favor para desvirtuar la presunción normativa. Tampoco se demostró que los servicios fueran prestados por el demandante a otras empresas como lo sostuvo el representante legal en el interrogatorio, para edificar la teoría de que se trataban de actividades autónomas e independientes.

En relación con los extremos temporales del contrato de trabajo, debe precisarse que no constituyen ni son elementos para determinar la existencia de la relación laboral, como erradamente lo entendió el *a quo*, pues su acreditación lo que permite es liquidar las acreencias generadas a favor del trabajador. Pues bien, se advierte que le correspondía al demandante la carga de la prueba de acreditar los extremos temporales señalados en la demanda, aspecto que brilla por su ausencia en el expediente al no ejercer ni acreditar medios persuasivos suficientes que los justifiquen. No obstante, como lo

refiere la Corte Suprema de Justicia, cuando hay seguridad sobre la prestación de un servicio se debe desentrañar los extremos temporales de la relación laboral para calcular o conceder los derechos laborales o sociales que legalmente le correspondan al trabajador (CSJ SL rad. 25580 de 2006, SL42167 de 2012, SL905 de 2013 y SL14032 de 2016, entre otras).

En este caso, se insiste, no hay ningún elemento persuasivo que demuestre que la prestación del servicio de **FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENA** a favor de **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** inició el 03 de marzo de 2018 y terminó el 10 de febrero de 2019, como se reclama en la demanda. Sobre el extremo inicial no hubo confesión de la demandada, por lo que para la Sala hay plena certeza de una vinculación laboral desde el 17 de septiembre de 2018 cuando **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** afilió al actor a la ARL POSITIVA, sin que el expediente aparezca detallado que esa afiliación tan solo fue por dos días, como lo sostiene la parte demandada, por lo tanto, se tendrá esta fecha para todos los efectos. Y respecto del vínculo final de la relación laboral, la parte demandada al dar contestación a los hechos 9 y 17 de la demanda aceptó que desde diciembre de 2018 el demandante dejó de comunicarse y asistir a las instalaciones de la empresa, de lo que se deduce que por lo menos hasta el 30 de noviembre de 2018 hubo la prestación del servicio, estableciendo así el extremo final de la relación laboral.

Y aunque la sociedad demandada en la contestación señaló que los servicios y los pagos eran ocasionales, no acreditó si quiera de forma sumaria la periodicidad de las sumas entregadas al actor, en efectivo y otras consignadas en una cuenta bancaria, como se señaló en el interrogatorio, para desvirtuar la continuidad en la prestación del servicio. Frente al salario tampoco hay certeza de que el promedio mensual ascendiera a las sumas de \$2.500.000. No obstante, nótese que fue **FERNANDO ALBERTO RUIZ ROMERO** quien en el interrogatorio (*min. 00:17:30 y 00:45:58, enlace archivo "11ActaAudiencia"*), aceptó que al cabo del año le había pagado a **FRANKLIN JESUS QUINTERO**

CARDENA más de \$5.000.000. Al no existir sumas diferentes, tomando dicho monto, por el periodo laborado, se obtiene que el promedio mensual devengado por el trabajador entre el 17 de septiembre y el 30 de noviembre de 2018, corresponde a la suma de \$2.027.027.

Así las cosas, el Tribunal, aplicando el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas en asuntos del trabajo, revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, declarará la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** desde el 17 de septiembre de 2018 al 30 de noviembre de 2018, con una asignación salarial de \$2.027.027.

Respecto de **FERNANDO ALBERTO RUIZ ROMERO**, la decisión ha de ser de tipo absolutorio puesto que en el juicio quedó descartado que haya contratado al demandante como persona natural y, aunque no se demostró que sea socio de la empresa demandada, debe recordarse que la responsabilidad solidaria de éstos solo se predica de las sociedades de personas (artículo 36 CST), y en este caso **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA** es una sociedad por acciones simplificada, lo que descarta la procedencia de una obligación compartida.

Establecidos los elementos particulares del contrato, procede la Sala a estudiar la viabilidad de las demás pretensiones solicitadas y la excepción propuesta.

- **Condenas por concepto de acreencias laborales**

El monto de las condenas por cesantías asciende a \$416.667, por intereses a las cesantías \$10.278, por prima de servicios \$416.667 y por vacaciones compensadas \$208.333, conforme se detalla a continuación:

SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES							
Desde	Hasta	Días	Salario	Cesantías	Intereses a las cesantías	Prima de Servicios	Vacaciones
17/09/2018	30/11/2018	74	\$2.027.027	\$416.667	\$10.278	\$416.667	\$208.333
Total				\$416.667	\$10.278	\$416.667	\$208.333

Por tanto, se condenará a la demandada **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** a pagar las anteriores sumas.

Respecto del pago de salarios se absolverá a la sociedad demandada en la medida en que se reclaman respecto del periodo de enero y febrero de 2019, siendo que la verdad procesal determinó que la existencia del contrato tan sólo se mantuvo hasta el 30 de noviembre de 2018.

- **Sobre el despido injustificado**

Observa la Sala que en el proceso no se allegó documental o testimonial que acredite la forma en que se dio la terminación del vínculo laboral entre las partes, carga de la prueba que le correspondía demostrar a la parte demandante en virtud de lo señalado en el artículo 62 del CST, motivo por el cual no es procedente la condena por este concepto.

- **Sobre reconocimiento de dominicales**

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que corresponde al demandante acreditar, más allá de cualquier duda razonable, la real y efectiva prestación del servicio en los tiempos y condiciones que generan el pago de trabajo suplementario (horas extras) o recargos (nocturno, dominical o festivo), por cuanto la prueba de su generación no es dable mediante suposiciones, debiéndose determinar con precisión la cantidad de horas que por dichos conceptos están pendiente de pago (SL3009 de 2017 y SL939 de 2018, entre otras).

Por lo anterior, al no estar demostradas los días dominicales que presuntamente laboró **FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENA**, es motivo suficiente para absolver a la sociedad demandada de esta pretensión.

- **Sobre la indemnización moratoria.**

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal absolverá al demandado de estas pretensiones, pues por la forma como se desarrolló dicho vínculo bien cabía una duda razonable en el empleador sobre su obligación en el pago de las prestaciones a favor del trabajador, por lo cual **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** tenía la convicción de encontrarse frente a un contrato diferente al laboral, es por esto que existe una causal objetiva y suficiente para tener por demostrada la buena fe del empleador.

Sin embargo, para efectos de contrarrestar la pérdida adquisitiva del dinero por los movimientos inflacionarios, se ordenará indexar las

sumas objeto de condena desde el 1° de diciembre de 2018 hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE.

- **Pago de aportes pensionales**

En cuanto la pretensión de pago de aportes, los mismos deberán ser pagados sobre el valor del salario por parte del demandado a la entidad administradora de pensiones que informe el demandante. En este caso, procede únicamente respecto de este subsistema porque los montos a cotizar servirán para financiar la futura prestación pensional del trabajador.

Por tanto, deberán ser cancelados por parte del empleador teniendo como ingreso base de cotización la suma mensual de \$2.027.027 desde el 17 de septiembre de 2018 al 30 de noviembre de 2018. Ahora, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 el demandado responderá por el pago total del aporte, dado que ha sido declarada la existencia de un contrato de trabajo, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de estos dineros.

- **Sobre la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas**

Teniendo en cuenta el análisis efectuado en la presente actuación, la excepción propuesta por la sociedad demandada no encuentra prosperidad, dado que se estableció la existencia del contrato de trabajo y la subsecuente obligación de pago acreencias laborales.

Sin costas en segunda instancia. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** y deberán ser tasadas por el *a quo*. Sin costas ni a favor ni en contra de

En mérito de 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

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la demandada **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS**, como empleadora, y el demandante **FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENAS**, como trabajador, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de septiembre de 2018 al 30 de noviembre de 2018, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** a pagar a favor del demandante **FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENAS** las siguientes sumas de dinero:

- a. Cesantías: **\$416.667**
- b. Intereses a las cesantías: **\$10.278**
- c. prima de servicios: **\$416.667**
- d. Compensación vacaciones: **\$208.333**
- e. A la indexación de las anteriores sumas desde el 1° de diciembre de 2018 hasta la fecha en que se produzca su pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** a pagar a favor del demandante **FRANKLIN JESUS QUINTERO CARDENAS** los aportes al Sistema General de Pensiones causados durante la vigencia de la relación

laboral, en los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que la demandante le informe la administradora de pensiones donde está afiliado, en los términos ordenados en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** de las demás pretensiones de la demanda y a **FERNANDO ALBERTO RUIZ ROMERO** de todas y cada una de ellas.

SEXTO: Declarar no probada la excepción propuesta por la demandada **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS**.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en segunda instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de **ARCILLAS E INVERSIONES ALIANZA SAS** y a favor del demandante. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.30-2020-00230-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado del **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia de un contrato de trabajo, condenó al pago de la indemnización por despido injusto, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas (min. 1:01:53 archivo “25Audiencia16Mayo2023”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 17 archivo “01DemandaAnexos”).**

CARLOS ALBERTO PÁEZ FONSECA llamó a juicio a la sociedad **CONSTRUCIVILES Y&Y S.A.S** con el fin de que se declare la existencia de un despido injustificado y un salario real de \$1.654.140; en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social, sanción moratoria de la ley 50 de 1990, sanción por el no pago de intereses a las cesantías de la ley 52 de 1975, indemnización por despido injustificado, indemnización moratoria, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que ingresó a trabajar al servicio de **CONSTRUCIVILES Y&Y S.A.S** desde el 01 de julio de 2016 hasta el 25 de agosto de 2017, inicialmente mediante contrato verbal, luego a

partir del 02 de enero de 2017, suscribieron contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de director comercial, devengando un salario de \$1.654.140, monto constituido por el salario base, auxilio transporte, promedio de comisiones y rodamiento, que eran cancelados mensualmente en efectivo y de manera personal. Aseguró, que el empleador terminó la relación laboral de manera unilateral el 25 de agosto de 2017, sin cancelar liquidación laboral, ni indemnización por el despido sin justa causa, por lo que decidió acudir al Ministerio del Trabajo a conciliar, pero la demandada no asistió a las citaciones.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 2 a 9 archivo "11ContestacionCurador").**

El Curador *Ad Litem* de la sociedad **CONSTRUCIVILES Y&Y S.A.S** manifestó atenerse a lo que resulte probado. Aceptó los hechos relativos a la suscripción del contrato a término indefinido el 02 de enero de 2017 y la citación a conciliación ante el Ministerio de Trabajo. Expresó no constarle los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Min. 1:01:53 archivo "25Audiencia16Mayo2023").

El 16 de mayo de 2023, el Juzgado (30) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"(...) PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida entre **CARLOS ALBERTO PÁEZ FONSECA**, identificado con C.C. N° 19.483.932, en calidad de Trabajador y, la sociedad **CONSTRUCIVILES Y&Y SAS**, en condición de Empleadora, vigente entre el 01 de julio de 2016 al 25 de agosto de 2017, en el que se pactó como salario la suma de \$856.000; vínculo que termina por decisión unilateral y sin justa causa por la empleadora, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta decisión y la aclaración precedente. SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad **CONSTRUCIVILES Y&Y SAS**, a reconocer y pagar a **CARLOS ALBERTO PÁEZ FONSECA** la suma de NOVECIENTOS CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS PESOS (\$941.600,00 M/Cte.), por concepto de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO, debidamente indexada al momento de su pago, de acuerdo con la fórmula explicada en la parte motiva. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la convocada a juicio según lo antes explicado. CUARTO: ABSOLVER a la sociedad **CONSTRUCIVILES Y&Y SAS** de las demás pretensiones incoadas en*

su contra. **QUINTO: SEÑALAR** como gastos definitivos de curaduría, a favor del auxiliar de la justicia, en la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000,00 M/Cte.), que deberá ser asumida por la parte demandante y, se tendrá en cuenta al momento de la liquidación de las costas procesales. **SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a la sociedad **CONSTRUCIVILES Y&Y SAS**, a favor del demandante. Por secretaría liquidense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000.00). (...).”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si existió o no un contrato de trabajo, los extremos temporales del vínculo, verificar si la terminación ocurrió de manera unilateral y sin justa causa por parte de la demandada, así como esclarecer el salario realmente devengado por el actor y en consecuencia, dilucidar si la accionada adeuda al convocante la totalidad de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social causados durante la vigencia de la relación laboral, de acuerdo con el salario que se determine, establecer si hay o no lugar al reconocimiento y pago de las indemnizaciones pretendidas y por último, analizar si se encuentra prosperidad alguna de las excepciones de fondo propuestas por la convocada a juicio.

Para resolver, el Juez indicó que conforme a la normatividad aplicable al caso, para que exista un contrato de trabajo debe configurarse la actividad personal del trabajador, la continua subordinación y dependencia del mismo respecto del empleador y un salario como retribución del servicio, con estos elementos surge la relación laboral independientemente del nombre que se le haya asignado, en virtud del principio de la primacía de la realidad; asimismo, la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que basta con solo probar la prestación personal para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo con los medios probatorios a su alcance, o que implica un traslado de la carga de la prueba al demandado, para desvirtuar dicha presunción. Señaló, que en el caso bajo estudio se encuentra probado dentro del proceso la prestación personal del servicio durante dos periodos, el primero, vigente del 01 de julio al 31 de diciembre de 2016, y el segundo, del 02 de enero al 25 de agosto de 2017, siendo que en este caso se evidenció la voluntad del trabajador de finiquitar la relación laboral inicial desde el 30 de noviembre de 2016, como da cuenta la carta de renuncia, por lo que declara la existencia de

dos contratos de trabajo, el primero del 01 de julio al 31 de diciembre de 2016 a término fijo, el segundo, del 02 de enero al 25 de agosto de 2017 de duración indefinida, decisión que más adelante corrige, en el sentido de señalar que declarará la existencia de un (1) solo contrato de trabajo del 01 de julio de 2016 al 25 de agosto de 2017.

Por otro lado, el *a quo* manifestó que en lo concerniente al salario devengado y reliquidación de prestaciones reclamadas, la normatividad aplicable es el artículo 127 y 128 CST, modificado por los artículos 14 y 15 de la ley 50 del año 1990. Igualmente, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, indicó que el empleador tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la retribución del servicio del trabajador, sino una destinación diferente como puede ser la garantía al cabal cumplimiento de las labores o cubrir ciertas contingencias. En el presente caso, los pagos por concepto de auxilio de transporte y rodamiento no fueron para el beneficio del demandante, ni para que este enriqueciera su patrimonio, sino que se dirigían para cumplir a cabalidad el desempeño de sus funciones como director comercial, de ahí su habitualidad, pero ese hecho por sí solo no le da el carácter salarial a dichos rubros, como quiera que no se demostró que enriquecieran el patrimonio del demandante; en lo atinente a los gastos de representación, además de que no fueron objeto de reclamación en la demanda, se omitió demostrar su causación, más cuando existe acuerdo de las partes sobre que éste no constituía salario. Y, acerca de las comisiones, manifestó que aunque la demandada aceptó su pago, de la documentación no es posible determinar su habitualidad ni el valor al que ascendía dicho reconocimiento, por lo que no es posible imponer condena en este punto por falta de prueba. En consecuencia, no impone condena por la reliquidación de prestaciones sociales, ya que no se demostró el carácter salarial de los conceptos reclamados, declarando como salario devengado la suma de \$856.000.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa, la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia ha señalado que dentro de los modos de terminar la relación laboral se encuentra la de terminar unilateralmente la relación, la cual puede estar precedida por una justa causa o no que la motive, por lo que el trabajador debe acreditar el hecho

de despido y el empleador debe acreditar la comisión de la conducta endilgada al trabajador. En el caso particular, se encuentra probada la circunstancia del despido, pero no la justa causa alegada por el empleador, por lo que procedió a condenar al pago de la indemnización por despido injusto, accediendo a la indexación de esta condena.

Por último, señaló que no hay lugar a estudiar otro tipo de indemnizaciones por cuanto no hubo mora en el pago de salarios ni prestaciones sociales.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 1:04:15 archivo “25Audiencia16Mayo2023”).

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado. Pide sea estudiado el verdadero salario devengado por el demandante, en razón a que como se señaló en la demanda y como lo reconoció el representante legal de la sociedad encartada, al trabajador sí se le cancelaban unas comisiones, que eran dadas mes a mes y que eran variables, las que al momento de presentar la demanda se promediaron para que fueron incluidas en el salario, y de esa manera, efectuar la liquidación respecto a la indemnización por despido injusto y a las prestaciones sociales con el salario real, que dijo, no era de \$856.000 ya que debe incluir las comisiones pagadas.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo reiterando argumentos expuestos en la demanda y en la alzada. La pasiva se abstuvo de presentar alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de declarar que las comisiones tienen incidencia salarial; en tal caso, si procede la reliquidación de prestaciones sociales e indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: *i)* entre las partes, por un lado el demandante **CARLOS ALBERTO PÁEZ FONSECA**, en condición trabajador y, por otro, la demandada **CONSTRUCIVILES Y&Y S.A.S.**, en condición de empleadora, existieron dos (2) contratos de trabajo, el primero a término fijo, vigente entre el 01 de julio al 31 de diciembre de 2016 por término, y el segundo, a término indefinido, vigente entre el 02 de enero al 25 de agosto de 2017 (Pág. 28 a 32 archivo “01DemandaAnexos”); *ii)* el empleador terminó la última relación laboral de manera unilateral, despidiendo sin justa causa al demandante el 25 de agosto de 2017 (Pág. 33 a 34 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró la existencia un contrato de trabajo, condenó al pago de la indemnización por despido injusto y absolvió de las demás pretensiones. El **DEMANDANTE** impugnó la anterior decisión, solicitando la declaratoria de factor salarial de las comisiones.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones.

- Sobre el concepto de salario.

Conforme el artículo 127 CST, el salario abarca la remuneración ordinaria del trabajador y también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. De lo anterior, es posible

inferir que es salario todo pago, en dinero o especie, que retribuye el servicio personal prestado por el trabajador.

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificó el artículo 128 CST, declarado exequible por la H. Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, a fin de indicar que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco los pagos que recibe no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente o dados de forma extralegal, si las partes disponen expresamente que no constituyen salario, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que aparezca en una cláusula del contrato o en un otrosí que suscriban las partes y con aparentes tintes de legalidad, pues tales estipulaciones simple y llanamente pierden eficacia a la luz del artículo 43 del CST (sentencias CSJ SL403-2013, SL10995-2014, SL4866-2020, SL986- 2021, entre otras).

Igualmente, la misma Corporación ha resaltado que las partes unidas mediante un contrato de trabajo sí pueden establecer que determinados pagos no constituyen salario, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo y por tanto no es para beneficio del trabajador, mucho menos para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (SL9544-2014, SL10995-2014, SL1437-2018). A su vez, que el acuerdo entre las partes debe especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial de forma expresa, clara, precisa y detallando cada rubro que cobija, so pena de que toda cláusula global o genérica que cause duda sobre si es o no salario deba ser resuelta a favor del trabajador (CSJ SL4342 de 2020, SL4866 de 2020).

De otra parte, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y, de ser así, en principio, estos se consideran retributivos del servicio, trasladándose la carga de la prueba al demandado, quien, para evitar las consecuencias prestacionales, debe demostrar que su fin era otro (sentencias CSJ SL986-2021, SL4313-2021).

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, inicialmente debe advertirse que la Sala no considerará los fundamentos fácticos señalados por el apoderado del demandante en sus alegatos, dirigidos a catalogar como salario los conceptos de auxilio de transporte y rodamiento, por cuanto se trata de un motivo de reproche que no fue expresado en el recurso de apelación, en el cual únicamente atacó la exclusión de las comisiones, siendo que el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A CPTSS limita la competencia de este Tribunal a las materias objeto del recurso de apelación, por lo cual no es válido pronunciarse sobre asuntos que no fueron mencionados en el recurso.

Dilucidado lo anterior, y conforme al contrato de trabajo por duración indefinida suscrito por las partes el 02 de enero de 2017, se tiene que en su cláusula tercera se estableció como remuneración la suma mensual de \$856.000, igualmente acordándose un pacto de exclusión salarial, expresamente plasmado en el contrato de la siguiente manera (Pág. 29 archivo “01DemandaAnexos”):

*“(...) **TERCERA. SALARIO. Parágrafo 1:** Pacto de Exclusión Salarial. No constituye salario para el TRABAJADOR las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad el trabajador recibe del EMPLEADOR tales como: Auxilios, gratificaciones o bonificaciones ocasionales, gastos de representación, y/o lo que reciban en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad sus funciones, de acuerdo con el Art. 128 del CST y Art 30 de la ley 1393 de 2010 (...)”*

El precitado convenio fue específicamente estipulado por las partes mediante documento fechado del mismo día 02 de enero de 2017, así (Pág. 18 archivo “22DocumentosSolicitados”):

*“La EMPRESA **CONSTRUCIVILES Y&Y S.A.S.** ... y EL TRABAJADOR **CARLOS ALBERTO PÁEZ FONSECA** ... pactamos de mutuo acuerdo por voluntad expresa del TRABAJADOR, que los siguientes conceptos no constituyen salario alguno:*

- **Auxilio de Rodamiento**
- **Auxilio de Movilización**
- **Gratificaciones o bonificaciones ocasionales**
- **Gastos de representación**

*El **TRABAJADOR** renuncia expresamente a cualquier reclamación laboral de los anteriores pagos mencionados en concordancia al Art 128 del CST modificado por el Art 15 de La Ley 50 de 1990 y frente a lo regulado en el Art 30 de La Ley 1393 de 2010”.*

Los anteriores documentos cuentan con la firma del demandante en señal de aceptación.

Ahora, dentro de las documentales aportadas y relevantes para el objeto de estudio se encuentran los desprendibles de nómina de salarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016 y enero, febrero, marzo, mayo y junio de 2017 y de primas de servicios del segundo semestre de 2016 y primer semestre de 2017 (Pág. 4 a 6, 14 a 17 archivo “22DocumentosSolicitados”), certificado de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social (Pág. 7 a 8 archivo “22DocumentosSolicitados”); comprobante de pago de cesantías del año 2017 (Pág. 12 archivo “22DocumentosSolicitados”) y liquidación del contrato de trabajo (Pág. 13 archivo “22DocumentosSolicitados”).

En el devenir probatorio, se escuchó en interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad demandada, señor FREDY RIGOBERTO YOMAYUSA ROBAYO, quien en lo pertinente manifestó que el demandante devengaba un salario de \$856.000 y además, se le pagaba un auxilio de transporte, rodamiento y gastos de representación, que había un pacto de exclusión salarial respecto de los pagos adicionales, que le cancelaban el salario en efectivo y mediante consignación y que el demandante firmaba los desprendibles de nómina cuando recibía el dinero en efectivo (min. 42:47 archivo “21Audiencia07Diciembre2022”).

A su turno, el demandante indicó que le pagaron la liquidación parcial a través de Servientrega por valor de \$1.369.000, pero no le tuvieron en cuenta los conceptos de comisiones y rodamiento, que tampoco recibió de manera acorde el pago de prestaciones sociales y que

no recuerda la fecha de la consignación. (min. 48:09 archivo “21Audiencia07Diciembre2022”).

Con el anterior material probatorio y teniendo en cuenta los preceptos normativos y jurisprudenciales citados con antelación en esta sentencia, para la Sala no hay prueba que permita establecer que en efecto la demandada reconociera y pagara al actor, en vigencia de la relación laboral, las comisiones aducidas en la demanda, menos aún que tales sumas de dinero fueran realmente pactadas por las partes como adicionales al salario básico, ni que el demandante las percibiera mes a mes; nótese como contrario a lo señalado por el apelante, el representante legal de la encartada en su declaración solamente confesó el pago mensual a favor del ex trabajador del auxilio de transporte y de rodamiento, más no realizó manifestación alguna frente al pago de dichas comisiones o de cualquier otra bonificación adicional, así que al respecto nada se pudo comprobar del interrogatorio de parte del señor FREDY RIGOBERTO YOMAYUSA ROBAYO, mucho menos de la declaración del promotor del proceso, quien se limitó a señalar que las comisiones no fueron tenidas en cuenta en la liquidación.

En ese sentido, no existe medio de prueba que demuestre la causación de las mentadas comisiones, así como tampoco los términos en los cuales las partes pudieron haber llegado a acordar su reconocimiento.

Ahora bien, si en gracia de la discusión se aceptara el eventual pago de tal rubro a favor del demandante, lo cierto es que no hay medio probatorio que permita inferir su habitualidad y permanencia, ni que dicho concepto se diera por parte de la sociedad demandada de forma directa y de manera periódica como retribución del servicio prestado por el ex trabajador o para enriquecer su patrimonio, lo que conlleva a que esos montos eventualmente devengados no puedan ser considerados como salario, en tanto no se enmarcan en la regulación del artículo 127 CST.

Por lo anterior, no le queda camino distinto a la Sala que confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 30-2021-00096-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 15 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la demandada a pagar salarios, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes pensionales y costas del proceso (*min.00:41:36, enlace archivo "12Acta15Febrero"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

DANIEL MAURICIO SANCHEZ BUSTOS llamó a juicio al **GRUPO AR S.A.S.** con el fin de que se condene a la demandada al pago de reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, devolución de sumas descontadas por concepto de vacaciones, aportes pensionales, reajuste auxilio monetario, reajuste salarial, indemnización moratoria, indexación, condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró al servicio del **GRUPO AR S.A.S.** desde el 09 de diciembre de 2019 para el cargo de coordinador de seguridad, suscribiendo un contrato escrito inferior a un año, con un salario de \$3.800.000; que con ocasión del Covid-19, el 16 de abril de 2020, se celebró un acuerdo de suspensión del contrato de trabajo hasta el 31 de diciembre de 2020, pero producto de ello y dada la afectación económica que sufrió renunció de manera voluntaria el 28 de agosto de 2020; que en la liquidación del contrato le aplicaron un descuento por vacaciones el cual no fue autorizado; que no le fue pagada la prima de servicios proporcional por el tiempo transcurrido entre el 1° de julio al 31 de agosto de 2020 y tampoco el apoyo económico convenido para la segunda quincena de junio de 2020 (*pág. 1 a 8, archivo “02DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

GRUPO AR S.A.S. se opuso a las pretensiones. Acepto el vínculo laboral que tuvo con el demandante, el cargo desempeñado, salario, el acuerdo celebrado entre las partes, horario laboral y el anticipo de vacaciones, expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido por ausencia de causa*, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa del demandante y compensación (*pág. 1 a 11, archivo “07Contestacion”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*min.00:41:36, enlace archivo “12Acta15Febrero”*).

El 15 de febrero de 2023, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...)**“PRIMERO: DECLARAR** que entre la demandada **GRUPO AR S.A.S.** identificada con el NIT.860.061.284-6 como empleador y el señor **DANIEL MAURICIO SANCHEZ BUSTOS** identificado con la cédula 1.032.388.023 como trabajador, existió contrato de trabajo a término fijo el cual se suscribió por las partes el 9 de diciembre del 2019 y finalizó el 31 de agosto del 2020, contrato que se suspendió por voluntad de las partes entre el 16 de abril y el 31 de diciembre de 2020, conforme a lo

expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada GRUPO AR S.A.S. identificada con NIT.860.061.284-6 como empleador a pagar a DANIEL MAURICIO SANCHEZ BUSTOS identificado con la cédula 1.032.388.023, las sumas de dinero y conceptos que se indican a continuación: salario de 2 días \$253.333, por mayor valor de liquidación de cesantías \$253.222, por mayor valor de liquidación de intereses a las cesantías \$78.311, por mayor valor de vacaciones \$94.684 y por mayor valor de la prima de servicios \$21.111, pero además se ordena la indexación de las anteriores sumas desde que la obligación se haya hecho exigible esto es desde el 31 de agosto de 2020 hasta cuando se haga efectivo su pago. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada GRUPO AR S.A.S. identificada con NIT.860.061.284-6, a reliquidar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones a favor del trabajador señor DANIEL MAURICIO SANCHEZ identificado con la cédula 1.032.388.023, entre el 16 de abril y el 31 de agosto del 2020, mediante calculo actuarial sobre el monto total y real del salario devengado que ascendía a la suma de \$3'800.000, sumas que deberán ser consignadas a la Entidad Administradora de Pensiones a la cual se encuentre afiliado actualmente el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ABSOLVER** a la demandada GRUPO AR S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo señalado en las consideraciones de la presente providencia. **QUINTO: DECLARAR** NO PROBADAS las excepciones formuladas por la parte demandada. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la demandada sociedad GRUPO AR S.A.S., inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 equivalente a 1 SMLV a la fecha de la sentencia, que deberá pagar la sociedad al demandante" (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que haciendo uso de sus facultades ultra y extra *petita* se deben reconocer 2 días de salario no pagados al trabajador y, por ende, realizar los reajustes a la liquidación pagada al finalizarse el vínculo contractual. En cuanto a la deducción por vacaciones sostuvo que la misma obedeció al cumplimiento de un acuerdo previo celebrado entre las partes en donde dicho rubro se pagó de manera anticipada. Frente al pago de cotizaciones a seguridad social señaló que el Ingreso Base de Cotización utilizado fue inferior al salario devengado por el actor, siendo necesario ordenar su reajuste. Y sobre la indemnización moratoria sostuvo que no se demostró la mala fe del empleador, quien pagó las acreencias laborales a las que tenía derecho el demandante a tiempo y lo que se generó fue unas diferencias en el cálculo de la liquidación que quedan subsanadas al realizar el pago de las mismas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada del demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se condene al pago de prima de servicios por el tiempo de suspensión del contrato de trabajo, intereses a las cesantías e indemnización moratoria. Adujo que se interpretó de manera errónea el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo y la empresa no logró justificar el motivo por el cual no pago la prima del 16 abril al 30 de agosto de 2020; solicita se estudie los intereses de cesantías, así como la suspensión del contrato de trabajo que superó los límites permitidos.

Respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, señaló que, si bien hubo un pago de liquidación, la misma no se ajustó a lo establecido en la ley puesto que no se reconocieron todos los derechos a los que había lugar y tampoco se hicieron en debida forma los pagos a seguridad social (*min.00:45:00, enlace archivo "12Acta15Febrero"*).

El apoderado de la demandada presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia. Señaló que con el testimonio de Ricardo Martínez en ningún momento se logró acreditar que la parte actora hubiere ido a laborar 2 días; frente a los aportes a seguridad social alega que los mismos fueron realizados conforme a lo acordado entre las partes; y finalmente, solicita se reevalúen las costas y agencias en derecho ya que se encuentran desfasadas conforme con lo establecido en la normatividad legal (*min.00:58:00, enlace archivo "12Acta15Febrero"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de las partes reiteraron los argumentos elevados en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es viable el pago de salarios, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes pensionales, indemnización moratoria y la procedencia de la modificación del valor de las costas y agencias en derecho, conforme con lo alegado por las partes.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existió controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** entre el demandante **DANIEL MAURICIO SANCHEZ BUSTOS** y la demandada **GRUPO AR S.A.S.** se celebró un contrato de trabajo a término fijo desde el 09 de diciembre de 2019, desempeñando el cargo de *coordinador de seguridad* y un salario de \$3.800.000 (*pág. 9 a 14, archivo “02DemandaAnexos”*); **ii)** en acuerdo adicional las partes pactaron la suspensión del contrato de trabajo desde el 16 de abril de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2020 (*pág. 23, archivo “02DemandaAnexos” y pág. 31, archivo “07Contestacion”*); **iii)** y en comunicación del 28 de agosto de 2020 el demandante presentó renuncia al contrato de trabajo (*pág. 25, archivo “02DemandaAnexos”*).

- **Sobre la suspensión del contrato de trabajo y el pago de acreencias laborales**

El artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo establece las causales de procedencia de la suspensión del contrato de trabajo y en el artículo 53 siguiente contiene sus efectos, esto es, el trabajador se exonera de la obligación de prestar el servicio y el empleador del pago de salarios, teniendo la facultad el empresario de descontar este periodo al momento de liquidar vacaciones, cesantías y jubilación, pero conservando la obligación de pagar los aportes a seguridad social.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que al ser contrato de trabajo de naturaleza conmutativa, nada impide que las partes acuerden mutuamente la suspensión de este (SL42546-2013). Además, advierte la Corte, que para poder emplear la fuerza mayor o el caso fortuito como eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, el hecho que se invoca con tal calidad no puede derivarse de modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante con el hecho, los actos del empleador y las repercusiones económicas de los mismos no pueden calificarse como configurativas de fuerza mayor o caso fortuito, para efectos de justificar la mora o sustraerse en el pago de los salarios y prestaciones sociales, dado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas (SL11919-2017).

En el presente asunto la validez del acuerdo de suspensión del contrato tan solo fue reprochado por la apoderada de la demandante al momento de formular el recurso de apelación, sin que exista ninguna pretensión directa que pretenda desconocer o restarle eficacia al pacto de voluntades suscrito entre las partes el 16 de abril de 2020, lo que impide a la Sala determinar si se configuraron y acreditaron sus presupuestos. En tal sentido, se descarta este planteamiento expuesto en la alzada.

Ahora, continuando con los objetos de apelación, se duele la parte actora que no se haya pagado los intereses a las cesantías y la prima de servicios durante el periodo de suspensión contractual. Respecto de los intereses a las cesantías, basta acudir a la literalidad de la norma sustantiva (art. 53 CST) para confirmar la negativa de esta pretensión, pues al no tenerse en cuenta el periodo de suspensión para la liquidación del auxilio de cesantía es evidente que no existe presupuesto para la causación de los intereses, recuérdese que estos

intereses se generan en la medida en que exista el derecho principal, aspecto que aquí no ocurrió.

Sobre la prima de servicios, nótese que es una prestación social que quedó excluida de los efectos legales de la suspensión del contrato de trabajo. Y aun cuando puede ser discutible que esta acreencia se genera sólo con la efectiva prestación del servicio (CSJ Rad. 13.501-2000 y 14.461-2001), para zanjar la controversia es indispensable acudir a la sentencia C-710 de 09 de diciembre de 1996, donde la H. Corte Constitucional al realizar el estudio de constitucionalidad del artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo, consideró que la finalidad de la prima de servicios no es retribuir la labor prestada por el trabajador *“pues su creación por parte del legislador, tuvo una finalidad distinta”*.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 53 del Código Sustantivo del trabajo en su parte final, dispuso que *“... estos periodos de suspensión pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.”*, como se observa, la norma no dispuso expresamente sobre la prima legal de servicio, razón por la cual no es dable una interpretación extensiva en detrimento de los derechos de los trabajadores, al incluir la sustracción del patrimonio del trabajador de una prestación económica no prevista en la ley.

Por tal motivo, debe entenderse que durante la suspensión del contrato, pese a no existir la prestación del servicio por parte del trabajador, el empleador está obligado a reconocer y pagar esta acreencia laboral, la cual, en todo, caso, es irrenunciable.

Para el presente asunto, en el hecho 14 de la demanda se señala que no se pagó la prima proporcional de servicios entre el 1° de julio de 2020 al 31 de agosto de 2020, aspecto aceptado en la contestación por parte del **GRUPO AR S.A.S.** justificado bajo el argumento que no existió ninguna prestación personal del servicio del demandante, y así

se pretende en la súplica cuarta condenatoria (*pág. 4, archivo “02DemandaAnexos”*).

Por tanto, es procedente ordenar el pago de esta prestación por el periodo de tiempo reclamado, teniendo en cuenta el 100% del salario devengado por demandante, antes de que se materializara la suspensión del contrato de trabajo (\$3.800.000), así:

PRIMA DE SERVICIOS				
Desde	Hasta	Días	Salario	Prima de Servicios
1/07/2020	31/08/2020	60	\$3.800.000	\$633.333
Total				\$633.333

Bajo el anterior análisis, se modificará la sentencia de primera instancia.

Ahora, una de las consecuencias de la suspensión del contrato de trabajo, en virtud del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, es que el empleador continúe con la obligación del pago de aportes a seguridad social con el fin de garantizar las coberturas de invalidez, vejez y muerte y el acceso a los servicios de salud de los trabajadores. En el presente asunto, el apoderado **GRUPO AR S.A.S.** expuso que la empresa pagó los aportes a seguridad social conforme con el salario acordado por las partes en el acuerdo de suspensión del contrato de trabajo.

Al revisar el contenido del referido acuerdo (*pág. 31, archivo “07Contestacion”*), se advierte que en ningún momento se modificó el salario pactado en contrato de trabajo, simplemente se acordó que como consecuencia de la suspensión del contrato, el empleador se exoneraba de pagar salarios y como ayuda al trabajador le reconocían un auxilio económico no salarial por la suma de \$1.140.000, sin que ese acuerdo y esa cifra tengan la condición suficiente de modificar el salario pactado entre las partes.

Además, en el mismo acuerdo, se pactó que las demás condiciones del contrato no sufrían modificación alguna y que la empresa se obligaba a pagar el 100% de los aportes al sistema de seguridad social, aspecto que va en consonancia con el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tal razón, al no sufrir variación el salario acordado, la empresa debió pagar los aportes teniendo como ingreso base de cotización la suma de \$3.800.000. Sin embargo, al revisar la planilla de pagos para los periodos de mayo, junio y julio de 2020 (pág. 68 a 72), se observa que el IBC utilizado por la empresa fue inferior al monto referido precedentemente, teniendo por tanto la demandada la responsabilidad de asumir los pagos restantes, motivo suficiente para confirmar la sentencia en este aspecto.

Respecto del pago de salarios por 2 días laborados durante el periodo de suspensión del contrato y la consecuente reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, para la Sala la razón se encuentra de lado del **GRUPO AR S.A.S.** La carga de acreditar la efectiva prestación del servicio le correspondía al demandante, en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso, aspecto que adolece de prueba en este juicio. En efecto, no hay ningún elemento persuasivo que permita tener certeza que **DANIEL MAURICIO SANCHEZ BUSTOS**, pese a estar vigente la suspensión del contrato de trabajo, acudió dos veces a las dependencias del Hotel AR a prestar sus servicios.

Tan solo existe la manifestación del testigo Rafael Ricardo Martínez Vanegas (*min. 01:06:30, enlace archivo “11Acta14Febrero”*), de la cual no puede derivarse la conclusión a la que arribó el *a quo*, dado que sobre este aspecto el deponente manifestó:

“Nosotros si coincidimos en el hotel, tal vez en dos o tres oportunidades, yo no lo llamaría prestar servicios, porque en ningún momento nosotros recibidos instrucción de pronto de cumplir con alguna labor, con alguna jornada... en las veces que coincidí con Daniel, fueron o tres veces, en las instalaciones del Hotel, pero no

por una instrucción laboral o una indicación, por mi parte no lo vi ni lo recibí así” (min. 01:15:30, enlace archivo “11Acta14Febrero”)

De esa declaración tan sólo se infiere que el demandante acudió por lo menos dos o tres veces al Hotel, pero no se sabe con certeza las fechas de dicho suceso, el tiempo de la estadía, qué actividades y funciones efectivas llevó a cabo y la duración de la jornada, elementos que eran necesarios demostrar por parte del actor para proceder con el reconocimiento y pago de los salarios reclamados y demás conceptos derivados de la prestación del servicio. Ante tal circunstancia, erró el Juzgado de instancia al reconocer el pago de estos conceptos, razón por la cual se revocará esta parte de la sentencia.

- **Sobre la Indemnización moratoria**

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial, para la Sala existen elementos de prueba que permiten inferir que el **GRUPO AR S.A.S.** actuó de buena fe, en la medida en que las prestaciones que se reconocen con ocasión de este proceso obedecen exclusivamente a la interpretación y alcance de los efectos de la suspensión del contrato de

trabajo. Nótese que el empleador no se sustrajo de las obligaciones contractuales, pagó los aportes a seguridad social teniendo en cuenta el IBL que consideró aplicable al demandante con ocasión de la suspensión del contrato, no reconoció la prima ante la no prestación del servicio y una vez presentada la renuncia del trabajador realizó el pago de las acreencias laborales como se puede evidenciar en la liquidación final del contrato (*pág. 66 a 72, archivo "07Contestacion"*), lo que descarta la aplicación de esta indemnización.

No obstante, se debe precisar que la suma de dinero que **GRUPO AR S.A.S.** debe pagar a la parte demandante por concepto de prima de servicios debe indexarse, con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, desde el 1° de septiembre de 2020 y hasta el momento en que se produzca su pago.

Lo anterior, atendiendo que la suma que no ha sido pagada ha perdido su valor adquisitivo por el paso del tiempo, medida que no sólo garantiza contrarrestar los fenómenos inflacionarios, sino que protege el goce efectivo y pleno de los derechos de la parte actora, al recibir sumas actualizadas a valor presente. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que el juez tiene incluso la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa, sin que tal medida viole la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial (CSJ SL359 de 2021, SL815 de 2021, entre otras).

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **GRUPO AR S.A.S.** por el monto fijado como costas y agencias en derecho del trámite de la primera instancia, debe precisar la Sala que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). Sin embargo, el monto reconocido solo puede ser

controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP. y no como recurso de apelación contra la sentencia que las haya impuesto, lo que descarta el planteamiento elevado en la alzada.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **CONDENAR** al **GRUPO AR S.A.S.** a pagar al demandante **DANIEL MAURICIO SANCHEZ BUSTOS** la suma de \$633.333 por concepto de prima de servicios causada entre el 1° de julio de 2020 y el 31 de agosto de 2020, monto que deberá indexarse al momento de su pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

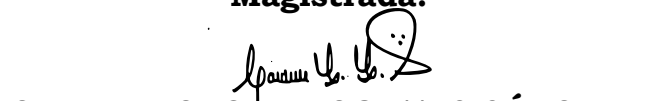
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 32-2022-00181-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 30 de agosto de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 2:27:34 archivo "18ActaAudienciaTramiteJuzgamiento20230830").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 18 archivo "01Demanda").**

MAGDA LICCY DÍAZ ARTEAGA solicitó declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 30 de junio de 1962, que se afilió al ISS desde julio de 1998 hasta marzo de 2002, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el mes de marzo de 2002, afiliación que se llevó de manera desinformada, por lo que nunca fue asesorada por la AFP, quien no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en

contra de sus intereses pensionales, por lo cual elevó solicitud de afiliación a **COLPENSIONES**, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la afiliación al RAIS, indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación y buena fe (Pág. 2 a 23 archivos “08ContestaciónDemandaPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad y que la demandante realizó reclamación administrativa y que esta fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de inopinabilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica (Pág. 32 a 67 archivo “09ContestaciónDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:27:34 archivo “18ActaAudienciaTramitejuzgamiento20230830”).

El 30 de agosto de 2023, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MAGDA LICCY DIAZ ARTEAGA a través de PORVENIR S.A. TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la

*demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **CUARTO.- ORDENAR** a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MAGDA LICCY DIAZ ARTEAGA como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Para el efecto COLPENSIONES deberá actualizar la Historia Laboral de la demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. **QUINTO.- CONDENAR** en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES. **SEXTO.-** En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante por incumplimiento al deber de información, y en consecuencia se debe tenerla como afiliada al RPM sin solución de continuidad.

Para resolver, el Juez indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, las AFP tienen el deber de informar a sus usuarios las ventajas y desventajas de cada régimen, para que estos tengan las herramientas necesarias para escoger el régimen que más les convenga, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que no existe motivación para que se declare la ineficacia del traslado, puesto que este se dio de manera voluntaria y esa administradora no coaccionó a la demandante para que se afiliara, por otro lado, dijo que la actora firmó el formulario de afiliación y se trasladó de régimen pensional dos veces de régimen, los que fueron acompañados e informados y sin que la diferencia en la mesada pensional sea una justificación para aceptar el traslado, además que la demandante no cumplió con su deber de mínima diligencia para informarse y aceptar el traslado afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Pide se revoquen las condenas por concepto de devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales e indexación, la que se compensa con los rendimientos financieros, así como la condena en costas (min. 2:12:41 archivo “18ActaAudienciaTramiteJuzgamiento20230830”).

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación contra la decisión de primer grado, para que se revoque en su integridad y se absuelva a su representada de todas las pretensiones de la demanda, aduciendo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse de régimen faltándole menos de diez años para cumplir la edad pensional, que la aceptación de dicho traslado representaría un detrimento patrimonial para la entidad y que quedó demostrado en interrogatorio de parte que la actora recibía información por parte de la AFP sobre sus aportes, así como también debe tenerse en cuenta el tiempo de permanencia que ha permanecido afiliada la actora en el RAIS y que la Administradora es un tercero de buena fe (min. 2:21:32 archivo “18ActaAudienciaTramiteJuzgamiento20230830”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES** solicitaron revocar el fallo y absolverlas de todas las pretensiones incoadas, reiterando los argumentos de la alzada.

Por su parte, la **DEMANDANTE** allegó poder conferido al Doctor Jhon Harold Molina Patiño, identificado con CC 80.843.169 y TP 298.2689, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos pidió confirmar el fallo de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los valores descontados durante su permanencia en la AFP debidamente indexados y de la condena en costas, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **MAGDA LICCY DÍAZ ARTEAGA** nació el 30 de junio de 1962 (Pág. 1 archivo “03prueba”); **ii)** la demandante se afilió al ISS desde el 2 de julio de 1998 (Pág. 2 archivo “03PRUEBA”); **iii)** la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 508057 del 30 de junio de 1995, efectivo a partir del 01 de julio de 1995, afiliación que reiteró en el mes de marzo

de 2002 a través de formulario de afiliación No. 10209431, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 24 a 26 archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”); *iv*) la demandante elevó solicitudes de retorno al RPM ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 6 a 12 archivo “03PRUEBA”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de

2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**

brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque se le manifestó que el ISS iba a desaparecer, manifestación que no beneficia a **PORVENIR S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis

de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad del apoderado de **PORVENIR** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Por las anteriores consideraciones, la Sala prohiará la decisión de primer grado. No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de 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

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MAGDA LICCY DIAZ ARTEAGA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2022 00181 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 32-2022-00532

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra el fallo del 08 de agosto de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a las demandadas (min. 40:40 *archivo "22AudienciaFallo"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 4 a 10 archivo "01Demanda").**

MARTHA LUCÍA PINTO QUIÑONEZ solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 04 de julio de 1969, se afilió al ISS desde 08 de septiembre de 1995 hasta el 08 de septiembre de 1996, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 17 de julio de 1996, afiliación que se llevó de manera sesgada, pues la AFP no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales, por lo cual elevó solicitud a **COLPENSIONES**, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la fecha de afiliación, la edad de la demandante y la respuesta dada al requerimiento. Expresó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de 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, (Pág. 2 a 24 archivos “05ContestaciónDemandaPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el tiempo cotizado por la demandante en el ISS, la edad y a la respuesta a la reclamación administrativa. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de la ineficacia de la afiliación, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 32 a 62 archivo “06ContestaciónDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 40:40 archivo “22AudienciaFallo”).

El 08 de agosto de 2023, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARTHA LUCIA PINTO QUIÑONEZ, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., efectuado el 17 de julio de 1996, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD

*ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTHA LUCIA PINTO QUIÑONEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reactivar la afiliación de la señora MARTHA LUCIA PINTO QUIÑONEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir los valores provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** a las demandadas, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al pago de las costas del presente proceso, dentro de las que deberá incluirse una suma equivalente a 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una de las demandadas. **SEXTO:** En caso de no apelarse la presente sentencia envíese al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (...).*

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si es ineficaz o no el traslado del RPM al RAIS efectuado por la señora **MARTHA LUCIA PINTO** el 17 de julio de 1996 y, si como consecuencia, le asiste derecho al retorno y traslado de los aportes, rendimientos y bonos que posea en su cuenta de ahorro individual al RPM.

Para resolver, el Juez indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, se tiene que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, que **PORVENIR** no cumplió con el deber de información, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 38:14. archivo “22AudienciaFallo”)

La demandada **COLPENSIONES** interpone recurso, argumentando que esa entidad es un tercero de buena fe, asimismo, que la demandante demostró un ánimo de permanencia en el RAIS por un lapso superior a los 26 años y que esa Administradora siempre ha sido respetuosa de la ley, encontrándose en la prohibición legal de la ley 797 de 2003, para recibir el traslado de la demandante por la proximidad de la actora en cumplir el requisito de edad.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR S.A.** adujo que no hay lugar a la devolución de gastos de administración, ni a la condena en costas. A su turno, el apoderado de la parte **DEMANDANTE**, solicitó confirmar el fallo de primera instancia. **COLPENSIONES** guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia

de la devolución de los valores descontados durante su permanencia en la AFP, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **MARTHA LUCÍA PINTO QUIÑONEZ** nació el 04 de julio de 1969 (Pág. 12 archivo “01Demanda”); *ii)* la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 845263 del 17 de julio de 1996, efectivo a partir del 17 de julio de 1997, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 68 “05ContestacionDemandaPorvenir”); *iv)* la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 14 a 18 archivo “01Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino

que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen

pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS por que se le aseguró que el ISS iba desaparecer y que en el RAIS tendría mejores beneficios, manifestación que no beneficia a **PORVENIR S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de la **DEMANDADA**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la

ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos, conlleva a incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al

estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

De igual, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de 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

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de

administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que la AFP demandada cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA PINTO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

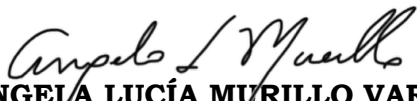
RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2022 00532 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 34-2020-00335-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra el fallo del 16 de agosto de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI con cargo a sus propios recursos y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 1:31:31 archivo “21ActaAudiencia3420200335”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 11 archivo “02Demanda”).**

GLORIA IMELDA CARDOZO ROSAS solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, reactivar su afiliación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que se afilió al ISS desde 15 de septiembre de 1980, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** el 18 de febrero de 2003, afiliación que se llevó a cabo bajo las políticas de la empresa donde laboraba, por lo que nunca fue asesorada por la AFP, quien no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que

iba en contra de sus intereses pensionales, por lo cual elevó solicitud a las demandadas de retorno al RPM, peticiones que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación al ISS de la demandante, la reclamación administrativa y que esta fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, 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 genérica (Pág. 2 a 41 archivo “06ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (Pág. 2 a 33 archivos “07ContestaciónPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 131:31 archivo “21ActaAudiencia3420200335”).

El 16 de agosto de 2023, el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora GLORIA IMELDA CARDOZO ROSAS del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLORIA IMELDA CARDOZO ROSAS como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos, gastos de administración, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el

*porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora GLORIA IMELDA CARDOZO ROSAS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR SA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFPS PORVENIR SA. **QUINTO: COSTAS** cargo de las AFP demandada PORVENIR SA, y en favor del demandante, tásense las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 a cargo de esta. No condenar en costas a COLPENSIONES. **SEXTO:** Remítase el presente proceso al H Tribunal Superior de Bogotá Sala Labora, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES. (...)*

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si el traslado de la demandante del RPM al RAIS resulta nulo o ineficaz, debiendo reactivar su afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPM, recibiendo **COLPENSIONES** los aportes y rendimientos devueltos por el fondo privado demandado **PORVENIR S.A.**

Para resolver, la Juez indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, la AFP debe cumplir con el deber de información para llevar una afiliación libre, consiente, voluntaria e informada, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho a la accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte de la demandante, no se puede deducir una confesión.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 1:27:45 archivo “21ActaAudiencia3420200335”).

El apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación contra el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, respecto a la devolución indexada de los valores, argumentando que no fue una pretensión solicitada por la parte actora por lo que no se cumple los presupuestos del artículo 50 CPTS para que

se pueda fallar ultra y extra *petita* y que durante el transcurso de la afiliación la AFP cumplió con la rentabilidad de los aportes pensionales, por lo que se estaría imponiendo una doble sanción sobre el mismo hecho.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR S.A** solicitó revocar en su integridad el fallo y absolver a sus representada de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

Por su parte, la firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S., apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Luis Roberto Ladino González, identificado con CC 74.080.202 y TP 237.001 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar la decisión de primer grado, manifestando que la solicitud de traslado entre regímenes pensionales es improcedente, en razón a que la demandante se encuentra a menos de diez años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la ley.

Por último, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** pidió la confirmación del fallo de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución indexada de los valores descontados durante su permanencia en la AFP, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **GLORIA IMELDA CARDOZO ROSAS** nació el 29 de junio de 1955 (Pág. 14 archivo “02Demanda”); *ii)* la demandante se afilió al ISS desde el 15 de septiembre de 1980 al 30 de septiembre de 1999 (Pág. 26 a 33 archivo “02Demanda”); *iii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a BBV HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 6040459 del 18 de febrero de 2003, efectivo a partir del 01 de abril del 2003; AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 69 a 70 archivo “07ContestacionDemandaPorvenir”); *iv)* la demandante elevó solicitudes de retorno al RPM ante **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, peticiones que fueron negadas (Pág. 45 a 53 “02Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI con cargo a sus propios recursos y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del

artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la

Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS por políticas de la empresa en la que laboraba y que al momento de dicha afiliación no fue asesorada por personal de la AFP, manifestación que no beneficia a **PORVENIR S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a

cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Por las anteriores consideraciones, la Sala prohiará la decisión de primer grado. No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de 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

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GLORIA IMELDA CARDOZO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

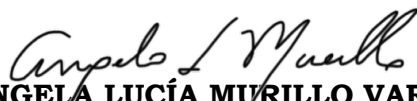
RADICACIÓN: 11001 31 05 034 2020 00335 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 35-2022-00533-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra el fallo del 28 de julio de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 48:56 archivo “15AudienciaArticulo80”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 10 archivo “02EscritoDemanda”).**

ESNEDA REY RAMIREZ solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que se afilió al ISS desde 22 de julio de 1987 hasta el 30 de noviembre del 2000, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** en el mes de noviembre del 2000, afiliación que se llevó de manera desinformada pues se le entregó formulario de afiliación ya diligenciado, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales, por lo cual elevó solicitud a las demandadas, peticiones que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Admitió el traslado de la demandante a esa AFP y la petición radicada. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa. (Pág. 2 a 22 archivo “05ContestacionDemnadaPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante al RAIS. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RAIS, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia la pago en costas y genérica (Pág. 2 a 38 archivo “06ContestaciónColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 48:56 archivo “15AudienciaArticulo80”).

El 28 de julio de 2023, el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…)PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación de 31 de octubre del 2000, efectiva desde el 01 de diciembre de la misma anualidad, por ESNEDA REY RAMÍREZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la entonces APF HORIZONTE (HOY AFP PORVENIR) SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A; a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante Proceso ordinario No. 110013105352022 00533 00 KLB Página 3 de 3 ESNEDA REY RAMÍREZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la

*ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A. con motivo de la afiliación de ESNEDA REY RAMÍREZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. **QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES** a cargo de la demandada, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A; líquidense por secretaría incluyendo la suma de 1.000.000 por concepto de agencias en derecho. Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si es nulo o ineficaz el traslado realizado por la demandante, del RPM al RAIS, de fecha de solicitud de vinculación de 31 de octubre de 2000, efectiva desde el 01 de diciembre de 2000, a **PORVENIR S.A.**, antes COLMENA; de ser positivo lo anterior, establecer si debe **COLPENSIONES** recibir nuevamente en el RPM, a la actora, junto con la obligación de la AFP **PORVENIR S.A.**, de restituir a **COLPENSIONES** los valores obtenidos en virtud de la afiliación de la demandante, más las costas procesales y agencias en derecho.

Para resolver, la Juez indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, se tiene que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, la información suministrada por la AFP debió ser veraz y oportuna para tomar una decisión de afiliación libre, informada, consentida y voluntaria, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho a la accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte de la demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min 48:57 archivo “15AudienciaArticulo80”)

La apoderada judicial de la demandada **COLPENSIONES** interpone recurso, argumentando que la demandante nunca tomó alguna acción para retornar al RPM y el retorno contribuiría con la descapitalización del sistema y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados. De otro lado, solicita que en caso de que se confirme la sentencia, se autorice que esa entidad pueda obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de

los perjuicios causados para asumir la obligación pensional de la demandante, en los montos no previstos sin las reservas dispuestas para tal fin originados en una omisión de la AFP. Asimismo, pide ordenar a la AFP no realizar descuentos por concepto de seguros previsionales, tales como invalidez, sobrevivencia y gastos de administración, así como tampoco se condene en costas en ninguna de las instancias, en razón a que fue un tercero de buena fe.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR S.A** indicando que su representada ha obrado propendiendo por la eficiencia y celeridad del proceso, por lo que no hay lugar a condena en costas. Por su parte, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** pidió confirmar el fallo de primera instancia. **COLPENSIONES** guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los valores descontados durante su permanencia en la AFP, debidamente indexados y sin descuento alguno, conforme lo alegado en el

recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación No. 99-1006614, efectivo a partir del 01 de diciembre de 2000, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 90, 122 archivo “05ContestacionDemandaPorvenir”); **ii)** la demandante elevó solicitud de traslado a **PORVENIR S.A.**, petición que fue negada (Pág. 110 a 112 archivo “05ContestacionDemandaPorvenir”); **iii)** la demandante elevó solicitud de traslado a **COLPENSIONES**, petición que no fue contestada (pág. 163 a 164 archivo “06ContestacionColpensiones”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la

época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen

y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formularios de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque se le informó que el ISS iba a desaparecer, sus aportes se perderían y que al momento de dicha afiliación no fue asesorada por ningún personal de la AFP, ya que se le entregó el formulario diligenciado, manifestación que no beneficia a **PORVENIR S.A.**, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de la **DEMANDADA**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de

relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos, conlleva a incorporarlos como aportes pensionales y a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se adicionará la sentencia.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio

exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de 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

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que la AFP demandada cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los

valores trasladados por **PORVENIR S.A.** e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM, sin solución de continuidad, y a actualizar su historia laboral, una vez reciba todos los dineros que deben reintegrar la **AFP DEMANDADA**.

TERCERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARZA
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ESNEDA REY RAMIREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2022 00533 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 36-2021-00564-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 28 de agosto de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a las demandadas (min. 42:05 *archivo* “36Audienciaart77y80”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 3 a 38 *archivo* “09Subsanaciondemanda”).

RICARDO FONSECA SÁNCHEZ solicitó declarar ineficaz o nulo su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, perjuicios morales, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 06 de mayo de 1959, que se afilió al RPM desde 01 de octubre de 1979 hasta el 31 de julio de 2000, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** en el mes de junio del 2000, afiliación que se llevó a cabo bajo el engaño, la AFP no suministró información clara y completa de las

características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales, por lo cual elevó solicitud a las demandadas, peticiones que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad, a la afiliación y a la reclamación administrativa. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, inexistencia de causal de nulidad, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de responsabilidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia de derecho, prescripción y la genérica (Pág. 1 a 24 archivo “16Contestacióndemandacolpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de prescripción, compensación, inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 2 a 28 archivos “24Contestacionporvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 42:05 archivo “36Audienciaart77y80”).

El 28 de agosto de 2023, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor RICARDO FONSECA SANCHEZ del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1°. de agosto de 2000, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S A. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, la totalidad de los rendimientos y bonos

*pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas. Así como, el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante. **CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción. **QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES liquídense como agencias en derecho con la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), a cargo de cada una de las encartadas. **SEXTO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si es ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 20 de junio del año 2000, con efectividad a partir del 01 de agosto del mismo año. En consecuencia, si hay lugar a ordenar a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que haya recibido con motivo de la afiliación del aquí demandante, a **COLPENSIONES** recibir la afiliación sin solución de continuidad y corregir su historia laboral, lo que ultra y extra *petita* resulte demostrado y si las demandadas deben pagar las costas procesales y agencias en derecho.

Para resolver, la Juez indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, que las AFP deben cumplir con el deber de información a sus usuarios para que estos tengan todos los elementos para escoger un régimen pensional de manera libre, consciente y voluntaria, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del numeral quinto de la sentencia de primer grado, respecto a la condena en costas, argumentando que representaría un detrimento patrimonial, por lo que era obligación del asesor de **PORVENIR** haber prestado el debido asesoramiento, asimismo, que debe tenerse en cuenta que **COLPENSIONES** no participó dentro de la celebración del acto jurídico, siendo este un tercero de buena fe. (min. 35:21. archivo “36Audienciaart77y80”).

A su turno, la apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando que la jurisprudencia no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos, puesto que el demandante realizó válidamente su afiliación dentro de la norma vigente y debió tener la mediana diligencia de informarse; que la actuación de su representada siempre ha sido de buena fe legítima y no procede la devolución de gastos de administración, así como tampoco la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros ya se ha compensado la pérdida del poder adquisitivo. También indica, que debe revocarse la condena en costas impuesta (min. 35:56 archivo “36Audienciaart77y80”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo de primera instancia y se condene en costas y agencias a las demandadas. El apoderado de **PORVENIR S.A** pidió revocar el fallo, reiterando los argumentos de la alzada. **COLPENSIONES** guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en

última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los valores descontados durante su permanencia en la AFP debidamente indexados y de la condena en costas, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **RICARDO FONSECA SÁNCHEZ** nació el 06 de mayo de 1959 (Pág. 48 archivo “04Anexos”); **ii)** el demandante se afilió al ISS desde el 01 de octubre de 1979 (Pág. 22 a 42 archivo “04Anexos”); **iii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 01392116 del 20 de junio de 2000, efectivo a partir del 01 de agosto de 2000, AFP en la cual permanece vinculado (Pág. 51 archivo “04Anexos” y Pág. 39 a 77, 89 a 92, archivo “24Contestacionporvenir”); **iv)** el demandante elevó solicitud a **PORVENIR S.A.**, petición que fue negada (Pág. 43 a 44 archivo “04Anexos”); **v)** la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES**, petición que no fue contestada (pág. 45 a 47 archivo “04Anexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente

indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever*”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de

afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS por políticas de la empresa en la que laboraba y que al momento de dicha afiliación no fue asesorado por ningún personal de la AFP, manifestación que no beneficia a **PORVENIR S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las demandadas, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de

2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del

traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de los apoderados de las demandadas por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no les asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Por las anteriores consideraciones, la Sala prohijará la decisión de primer grado. No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de 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

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RICARDO FONSECA SANCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

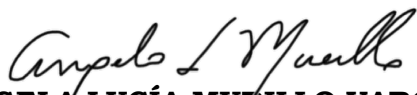
RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2021 00564 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.36-2020-00412-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 15 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la pasiva al pago de indemnización por despido injusto, salarios, prestaciones legales y extralegales, sanción moratoria por la no consignación de cesantías a un fondo, aportes a pensión desde diciembre de 2018 al 30 de julio de 2020 y costas procesales (*min. 48:23, enlace archivo "28AudienciaParte02Fallo"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

OSCAR RODRÍGUEZ CUEVAS llamó a juicio a la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA- FUAC** con el fin de que se declare que existió un sólo contrato de trabajo a término indefinido, que finalizó de manera unilateral por parte de la demandada, que al momento de culminar dicha relación laboral era beneficiario de la

convención colectiva de trabajo y, en consecuencia, que se ordene el reintegro, pago de salarios, prestaciones legales y extralegales, aportes a seguridad social y sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria reclama el pago de la indemnización por despido injusto, prestaciones legales y extralegales, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, aportes a seguridad social e indemnización moratoria.

Como fundamento fáctico indicó que inició su vinculación con la demandada mediante diferentes modalidades de contratación desde el 16 de marzo del año 2009 hasta el 30 de julio del año 2020 como docente de cátedra, inicialmente se celebraron cuatro contratos a término fijo y luego uno a término indefinido; que el 06 de julio de 2020, le fue notificada la terminación del vínculo laboral en razón de la suspensión de cursos para el segundo semestre del mismo año, efectiva a partir del 30 de julio de 2020, teniendo como remuneración final la suma de \$2.850.785.

Manifestó que entre la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA - FUAC** y el SINDICATO DE PROFESORES DE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DE COLOMBIA - “SINPROFUAC”, se suscribió Convención Colectiva de Trabajo el 19 de enero de 1993, con vigencia de 7 de Julio de 1997, la cual ha sido automáticamente renovada por periodos iguales, de la cual es beneficiario; que la accionada no realizó el pago de salarios correspondientes desde el mes de febrero a julio del año 2019, primas legales y extralegales del año 2019 y 2020, cesantías desde el año 2018 hasta el año 2020, aportes a salud y pensión desde diciembre de 2018; y que ante los impagos y situaciones administrativas de la Universidad, el Ministerio de Educación ordenó vigilancia especial (*pág. 6 a 22, archivo “01DemandaAnexos”*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante providencia del 28 de abril de 2022 se tuvo por no contestada la demanda en virtud de que la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA – FUAC** no subsanó las falencias encontradas al escrito de contestación inicial (*archivo “15AutoFijaFecha”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 48:23, enlace Archivo “28AcudienciaParte02Fallo”)

El 15 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre el señor OSCAR RODRIGUEZ CUEVAS y la FUNDACION UNIVERSITARIA AUTONOMA DE COLOMBIA existieron diferentes contratos de trabajo así: un contrato de trabajo del 16 de marzo de 2009 al 7 de junio de 2009 a término fijo, un contrato el 27 de julio de 2009 al 3 de diciembre de 2009 a término fijo, un contrato del 25 de enero de 2010 al 6 de julio de 2010 a término fijo, un contrato del 26 de julio de 2010 al 30 de noviembre de 2010 a término fijo y un último contrato del 31 de enero de 2011 al 30 de julio del 2020 a término indefinido. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada al pago de \$9.328.598 por concepto de la indemnización por despido injusto, \$10.757.796 por concepto de los salarios de febrero a julio de 2019, \$921.385 por concepto de la prima legal de junio de 2019, \$597.655 por concepto de la prima extralegal de junio de 2019, \$1.731.540 por concepto de la prima extralegal de diciembre de 2019, \$1.377.704 por concepto de la prima legal de junio de 2020, \$749.652 por concepto de la prima extralegal de junio de 2020, \$1.651.200 por las cesantías para el año 2018, \$1.792.960 por cesantías para el año 2019, \$806.515 por concepto de cesantías para la fracción del 2020, \$27.099.208 por concepto de la sanción por no consignación de las cesantías TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar los aportes a pensión dejado de efectuar a favor del demandante para el periodo de diciembre de 2018 al 30 de julio de 2020, de conformidad con los salarios percibidos por el demandante como docente hora catedra en los siguientes rubros, según se constató por este despacho, como salarios de 2018, se tendrá como ingreso base de cotización \$1.651.200, para el año 2019 el salario de \$1.792.960, para el año 2020 \$1.382.598, para estos efectos la FUAC deberá efectuar la solicitud de cálculo actuarial al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el demandante y proceder al pago del mismo. CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: CONDENAR en costas al extremo demandado, liquídese como agencias en derecho la suma de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (...).”

Como sustento de la decisión la Juez indicó que, si bien el demandante pretendía el reconocimiento de una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de marzo de 2009 hasta el 30 de julio de 2020, esto no era posible, toda vez que la vinculación ocurrió a través de cuatro contratos a término fijo y luego uno a término indefinido, en aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo.

Señaló que la finalización de la relación laboral se dio por una causal objetiva, pero no por una justa causa de terminación del contrato, pues como se trató de una causal objetiva y no una falta grave de incumplimiento de las obligaciones laborales no se requería agotar el procedimiento establecido en el artículo 1° del acuerdo convencional, por lo que descartó el reintegro reclamado. Sobre la indemnización por despido injusto encontró procedente su reconocimiento al deducir que la causal esgrimida por la demandada no es una justa causa de terminación del contrato de trabajo señalada en el artículo 62 del CST. A su vez, ordenó el pago de acreencias laborales y aportes pensionales al no acreditarse su pago.

Respecto a la no consignación de cesantías correspondientes a los años 2018 a 2020, expresó que la crisis económica del ente universitario no los exime ni acredita la buena fe y las medidas de intervención del Ministerio de Educación se dieron con posterioridad, lo que hacía procedente el pago de las cesantías y la sanción por su no consignación.

Frente a la sanción moratoria del artículo 65 del CST concluyó que se demostró la buena fe de la demandada, toda vez que exhibió su afán por no menoscabar los derechos laborales de sus trabajadores al emplear acciones como la venta de inmuebles o la adquisición de fiducias que pudiesen suplir los pagos al trabajador, además de remitir al demandante por medio de mensaje de datos la información de la fecha en la que debía entregar la carta de intención para que se pudiera acoger a dicha figura, además que por la intervención no podía

efectuar pagos directos, por lo que había lugar a exonerarla de esta sanción.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **OSCAR RODRIGUEZ CUEVAS** presentó recurso de apelación parcial con el fin de que se reconozca la indemnización moratoria. Adujo que a la demandada la afectó la mala fe desde el momento en que terminó de manera unilateral e injusta el contrato de trabajo (*min. 51:58, enlace archivo "28AudienciaParte02Fallo"*).

Por su parte, el apoderado de la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA – FUAC** interpuso recurso de apelación solicitando revocar parcialmente el fallo respecto a la indemnización por despido sin justa causa dado que considera que no se tuvo en cuenta el parágrafo primero del artículo quinto de la Convención Colectiva del Trabajo. Sobre la sanción por no consignación de las cesantías en tiempo oportuno, señaló que, si bien ese análisis no se puede hacer automáticamente, hubo disparidad de no condenar a la moratoria, pero si sobre lo que respecta a la sanción por cesantías. Y, por último, que el Juzgado no tuvo en cuenta el artículo segundo, del título segundo de la Convención Colectiva del Trabajo que hace referencia al salario que en su momento tenía vigencia por un año (*min. 53:12, enlace archivo "28AudienciaParte02Fallo"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del actor solicitó la revocatoria parcial de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

Se precisa que se allegó renuncia a poder por parte del doctor German León Castañeda, como apoderado de la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA – FUAC**, petición que

cumple los presupuestos del artículo 76 del Código General del Proceso, sin que requiera providencia judicial que la admita dado que sus efectos son dados por expresa disposición legal.

Y pese a que la Fundación demandada tiene pleno conocimiento de la referida renuncia, según correo electrónico que se le remitió el 12 de mayo de 2023, a la fecha no ha designado nuevo apoderado judicial, sin que dicha circunstancia impida resolver la segunda instancia en atención a que la titularidad del derecho de defensa de la entidad no se traslada al abogado (CC C-1178/01) y es ella quien asume las consecuencias de la no representación judicial.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de la indemnización moratoria, indemnización por despido, sanción por no consignación de cesantías y lo relacionado con el pago de salarios, de conformidad con lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: : **i)** entre el demandante **OSCAR RODRIGUEZ CUEVAS** y la demandada **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA – FUAC** se celebraron cuatro contratos de trabajo a término fijo como docente catedrático para los periodos de marzo a junio de 2009, julio a diciembre de 2009, enero a junio de 2010 y julio

a noviembre de 2010 y posteriormente su vinculación se dio a término indefinido conforme contrato suscrito el 31 de enero de 2011 (*pág. 30 a 33, archivo “01DemandaAnexos” aspecto fue declarado en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de recurso*); **ii**); en comunicación del 06 de julio de 2020 le fue notificada al demandante la terminación del vínculo laboral a partir de 30 de julio de 2020 aduciendo la suspensión de cursos para el segundo semestre del mismo año (*pág. 34, archivo “01DemandaAnexos”*).

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 del CST.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como se reafirmó en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

De otra parte, la alta Corporación ha indicado frente a la causal del numeral 6 del literal a) del artículo 62 del CST, esto es, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto, si se trata de la primera hipótesis

de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso, mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al Juez solo le es dable verificar si se dio o no la conducta enrostrada (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

También la H. CSJ ha sostenido, de forma reiterada y pacífica, que la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando la ejerce el empleador, es una de sus facultades y no una sanción, motivo por el cual no le es aplicable el artículo 115 del CST ni ningún procedimiento previo, a menos que así se hubiera pactado entre las partes, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa, regla jurisprudencial ratificada en las sentencias SL15245 de 2014, SL 1981 de 2019, SL2351 de 2020, entre otras.

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia condenó a la demandada **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA – FUAC** al pago de prestaciones legales y extralegales y aportes a pensión desde diciembre de 2018 al 30 de julio de 2020, aspectos sobre los cuales ninguna de las partes presentó inconformidad, lo que releva a la Sala de su estudio.

Se advierte que, ante lo sucinto del recurso presentado por el apoderado de la **FUNDACIÓN**, y en aras de salvaguardar su derecho de defensa y contradicción, la Sala considera que la referida intervención es suficiente para resolver lo relacionado con la indemnización por terminación del contrato y la sanción por no consignación de cesantías 2018 y 2019, pero no así respecto de la inconformidad con el pago de salarios dado que únicamente se hizo mención al punto pero no se indicó con claridad cuál era el reproche.

Así, pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, iniciando por el conflicto respecto a la procedencia o no de condenar al pago de la indemnización por despido.

Debe recordarse que el empleador tiene la carga de acreditar en el juicio las justas causas invocadas a su contraparte o las razones que adujo al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, no pudiendo alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En la carta de terminación del contrato (*pág. 34, archivo "01DemandaAnexos"*) el empleador señaló como justa causa la prevista en el artículo quinto de la Convención Colectiva de Trabajo, en los siguientes términos:

Me permito comunicarle que, dada la reducción significativa en el número de estudiantes para el segundo semestre del presente año, lo que conlleva a la supresión de cursos, su carga académica fue reportada en cero, en el Sistema de Información Académica (SUA); lo que ha hecho que desaparezcan las razones que fundaron la celebración de su contrato de trabajo.

Por lo anterior, la Universidad ha tomado la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo a partir del día de hoy, con sustento en lo establecido en el párrafo primero del artículo 5 de la Convención Colectiva de trabajo, suscrita con los sindicatos SINPROFUAC y SINTRAFUAC.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la exigencia del párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo se satisface o con la invocación de la causal legal, convencional o reglamentaria, o con la indicación de los motivos o hechos que inspiran la terminación unilateral del contrato, o con ambos.

Por lo tanto, al identificarse los motivos concretos que originaron la finalización del vínculo contractual, edificados en una causal convencional, le corresponde al Juez del trabajo verificar su ocurrencia, conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, el artículo 5° del Capítulo II, Título II, de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la **FUNDACIÓN**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA - FUAC y el SINDICATO DE PROFESORES DE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DE COLOMBIA - “SINPROFUAC” y el SINDICATO DE TRABAJADORES “SINTRAFUAC”, que el apoderado de la demandada alega que no se tuvo en cuenta por el *a quo*, establece lo siguiente:

“Artículo 5. La carga académica de un profesor de tiempo parcial solo podrá ser disminuida por las siguientes causas:

- a) Supresión de cursos o asignaturas.*
- b) Suspensión de asignaturas por reformas del pénsum dentro del respectivo semestre académico.*
- c) Cuando un profesor de tiempo parcial, transitoriamente se le aumente su carga académica para remplazar a algún docente por causa justificada y solo durante su ausencia.*

Parágrafo 1: Las causas de que tratan los literales a) y b) del presente artículo no se toman como justificación de terminación del contrato de trabajo, excepto cuando la carga académica es cero (0): y no sea posible ubicar al profesor de cátedra en una misma área” (pág. 3 a 30, archivo “22RespuestaMinTrabajo”).

La anterior causal contiene dos presupuestos cuya demostración le correspondía acreditar a la parte demandada, ellos son, primero una carga académica de cero (0) y la imposibilidad de reubicar al docente en una misma área. Al revisar los documentos incorporados al expediente no existe ningún medio persuasivo que confirme dichos presupuestos, tan sólo hay mención de estos aspectos en la carta de terminación del contrato, sin que la **FUNDACIÓN** acreditara las causas imputables como justificativas del rompimiento del vínculo contractual, pues la demanda se le tuvo por no contestada y no hubo interrogatorios o pruebas testimoniales que dieran fe de los referidos acontecimientos.

En gracia de discusión, de haberse demostrado estos requisitos, tampoco conllevaría a la modificación de la decisión de primera instancia puesto que aun cuando las partes pactaron esta situación como motivo de terminación del contrato de trabajo y no como falta

grave, nótese que este panorama no se encuadra en ninguna de las justas causas previstas en el artículo 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para que el empleador termine unilateralmente el contrato de trabajo sin el correspondiente pago de la indemnización.

Siendo ello así, al no demostrarse por parte del empleador la ocurrencia de una justa causa legal de terminación del contrato, se deduce que la intención de la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA – FUAC** fue la de dar por finalizado ese vínculo laboral de forma unilateral, pero sin justa causa, lo que conlleva al resarcimiento de los perjuicios en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, razón suficiente para confirmar la decisión adoptada por el *a quo*. Y al no presentarse inconformidad por el valor reconocido, la Sala se releva de su estudio.

- **Sobre la sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria**

Según el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 le corresponde al empleador consignar el auxilio de cesantías a un fondo a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al de su causación. A su vez, el artículo 65 del CST define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo. Por su parte, el inciso 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que cuando el empleador no consigne las cesantías aun fondo de pensiones en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así

lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

El mismo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado, de manera pacífica, que si el trabajador devengó un salario superior a 1 SMLMV, el contrato de trabajo terminó en vigencia de la Ley 789 de 2002 y se radicó la demanda posterior a los 24 meses, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, sino que el empleador deberá pagar al trabajador los intereses moratorios a la tasa máxima señalada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los créditos de libre asignación, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados. Dicha posición ha sido reiterada en las sentencias SL36577-2010, SL46385-2012, SL685-2013, SL10632-2014, SL3274-2018, entre otras.

Por su parte, el inciso 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que cuando el empleador no consigne las cesantías a un fondo en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial (SL403-2013 SL4260-2020, SL417-2021, entre otras).

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal modificará la condena por concepto de sanción por no consignación de cesantías a un fondo, la cual se limitará hasta el 05 de junio de 2019, y confirmará la absolución por indemnización moratoria, conforme con lo siguiente:

A pesar de que las cesantías del año 2018 y 2019 fueron liquidadas para las nóminas de febrero de 2019 y 2020, respectivamente (*pág. 40 y 51, archivo "01DDemandaAnexos"*), en el plenario no hay constancia de que las referidas sumas fueron consignadas a un fondo de cesantías, carga de la prueba que recaía en el empleador.

Sin embargo, no se puede desconocer que el Ministerio de Educación Nacional, mediante Resolución No.005766 del 06 de junio de 2019, adicionada por medio de la Resolución No.006211 del 13 de junio siguiente, ordenó medidas preventivas y de vigilancia especial para la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA – FUAC**, con el fin de promover la continuidad del servicio, el restablecimiento de la calidad, el adecuado uso de las rentas o bienes de la institución de educación superior (*pág. 152 a 165, archivo "01DemandaAnexos"*), entre ellas, dispuso el reemplazo del representante legal de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia S.A. por medio de la Resolución No.007402 del 12 de julio de 2019, por el término de un año, reemplazo prorrogado por un año más en virtud de la Resolución No.012815 del 10 de julio de 2020 (*pág. 69 a 75, archivo "05ContestacionFuac"*).

Y aun cuando no se acreditó que se haya impuesto alguna de las medidas establecidas en el artículo 14 de la Ley 1740 de 2014 que restringe el poder de disposición económica de la entidad, lo cierto es que la intervención administrativa tuvo como fin lograr, entre otros objetivos, cesar el impago de acreencias laborales y prestaciones de los trabajadores. En efecto, con la nueva administración se logró un acuerdo de fecha 06 de agosto de 2019 para el levantamiento de 76 días de huelga adelantada por las organizaciones sindicales SINPROFUAC y SINTRAFUAC donde la demandada se comprometió a pagar la suma de \$1.000.000 a todos los trabajadores como compensación y renuncia a posibles intereses, a pagar con ocasión de la venta de uno de los inmuebles, la prima extralegal de 2018, a

regular y garantizar el pago de salarios a partir de agosto de 2019, a legalizar el pago de aportes a seguridad social, entre otros compromisos (*pág. 76 a 81, archivo “05ContestacionFuac”*).

Posteriormente, y ante la crítica situación financiera de la FUNDACIÓN, el Consejo Superior de la Universidad autorizó en sesión del 03 de abril de 2020 la conformación de un Fideicomiso de administración y pagos con el fin de efectuar el pago de acreencias adeudadas a los trabajadores que de forma voluntaria se adhieran a dicha figura jurídica, contrato de fiducia que fue suscrito con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A. el 02 de marzo de 2021 (*pág. 469 a 496, archivo “05ContestacionFuac”*).

A su vez, en comunicados del 1° de noviembre de 2019 y 18 de febrero de 2020 el rector designado por el Ministerio de Educación informó a la comunidad en general la problemática que se estaba presentando y las labores que se estaban adelantando con el fin de superarlas (*pág. 90 a 95 y 99 a 101, archivo “05ContestacionFuac”*).

Las anteriores acciones son indicativas que el representante legal designado no ha desconocido los derechos laborales del aquí demandante por concepto de salarios y prestaciones sociales, sino que ha adelantado las gestiones a su alcance para solventar las deudas de la Universidad.

Por lo tanto, surge evidente que la intervención del estado en el funcionamiento de la entidad no puede ser vista como constitutiva de mala fe para aplicar sanciones moratorias, puesto que precisamente la inspección y vigilancia que ejerce el Ministerio de Educación Nacional en este caso se hace en cumplimiento de un deber constitucional y legal para garantizar el adecuado funcionamiento de la institución de educación superior, la prestación continua del servicio y supervisar la implementación de correctivos que permitan

solventar situaciones críticas de orden jurídico, económico, contable, administrativo o de calidad (artículo 8° Ley 1740 de 2014).

En tal sentido, solo se puede predicar mora en la consignación de las cesantías del año 2018 desde el 15 de febrero de 2019 hasta el 05 de junio de 2019, un día antes a la intervención del Ministerio de Educación Nacional, según Resolución No.005766 del 06 de junio de 2019. Teniendo en cuenta que para el año 2019 la primera instancia fijó como salario la suma de \$1.792.960, valor que no fue objeto de reproche, por lo que por 111 días de mora arroja un monto de \$6.633.952 por concepto de sanción por no consignación de cesantías a un fondo, y así se modificará la parte resolutive de la sentencia.

Y pese que no se acreditó a la finalización del contrato de trabajo el pago de salarios y prestaciones sociales debidas, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no resulta procedente atendiendo la situación particular antes señalada.

Al no cuestionarse los demás montos liquidados y reconocidos por el *a quo*, la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de precisar que la condena por concepto de sanción por no consignación de cesantías a un fondo

asciende a la suma de \$6.633.952, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 39-2022-00259-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 02 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS a través de **PORVENIR**, condenó a esa AFP a transferir a **COLPENSIONES** los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, y condenó a **PROTECCIÓN** a transferir a **COLPENSIONES** las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con rendimientos y bono pensional, así como los demás conceptos mencionados, ordenó a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y condenó en costas a **PORVENIR** y **PROTECCIÓN** (*min. 41:25, archivo “24GrabacionAudienciaArticulo7780”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

DOMAR LOPEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada a **PORVENIR** y luego a **PROTECCIÓN**, y, en consecuencia, que se condene a **PROTECCIÓN** a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, se ordene a **COLPENSIONES** a recibirlo como su afiliado, sin solución de continuidad, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 20 de septiembre de 1961 y realizó cotizaciones en el ISS desde el 06 de marzo de 1985 hasta el 30 de agosto de 1994; que el 30 de septiembre de 1994 suscribió contrato de afiliación con la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** y luego se trasladó a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN** el 11 de enero de 2001; sin embargo, que los fondos pensionales no le entregaron una asesoría profesional completa, clara y suficiente, que le permitiera conocer las características y condiciones reales del Régimen de Ahorro Individual; que el 19 de noviembre de 2021 solicitó la vinculación a **COLPENSIONES**, entidad que en comunicación del 13 de diciembre siguiente le manifestó que no era procedente anular la afiliación; que el 19 de noviembre de 2021 les pidió a las AFP demandadas la expedición de documentos y proyección pensional, **PROTECCIÓN** le informó que en ese fondo podría acceder a una mesada pensional de \$999.311 mientras que en **COLPENSIONES** el valor ascendería a \$2.425.557 (*pág. 2 a 16, archivo “01DemandaAnexos”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación en esa AFP, la petición presentada y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *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 (pág. 3 a 20, archivo “09ContestacionPorvenir20230125”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, las cotizaciones realizadas en el ISS, la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 2 a 39, archivo “10ContestacionColpensiones20230201”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación a esa entidad, la petición presentada y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló 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 declarara 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 y la innominada o genérica (pág. 3 a 26, archivo “11ContestacionProteccion20230202”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 41:25, archivo “24GrabacionAudienciaArticulo7780”)

El 02 de agosto de 2023, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** que el traslado que hizo el señor DOMAR LÓPEZ del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de PORVENIR y cuya efectividad comenzó a partir 01 de octubre de 1994 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que jamás se separó del Régimen de Prima Media situación que también se traduce de la afiliación que se hizo de PORVENIR a PROTECCIÓN. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR a que transfiera las sumas que recibió por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima debidamente indexado al momento del pago y entregado las cuales se deben entregar a COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a PROTECCIÓN a que transfiera todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bono pensional en caso de haberse redimido, así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los conceptos desde gastos de administración en adelante deberán ser indexados al momento del pago, y estos deberán ser entregados a COLPENSIONES. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los dineros que los que se habla en el numeral segundo y tercero y reactive la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones presentadas. **SEXTO: INFORMAR** a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios en contra de PORVENIR y PROTECCIÓN, en el en el evento en que los dineros que hoy se ordenan enviar no le sean suficientes **SEXTO: CONDENAR** en costas a PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., dentro de las cuales se debe incluir las agencias en derecho que hoy se tasan en \$1.160.000. **SÉPTIMO:** consulté la presente decisión con el superior por resultar adversa a COLPENSIONES...”*

Como sustento de la decisión la Juez expresó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba en este tipo de asuntos les corresponde a los fondos administradores del RAIS y al revisar el expediente de los formularios de afiliación que suscribió el demandante con las demandadas, no se puede avizorar cuáles fueron esas informaciones entregadas al momento de la afiliación, vacío que tampoco se llenó con el interrogatorio al actor dado que no hubo ninguna confesión, luego al no garantizarse el consentimiento informado en el traslado, procede la declaratoria de ineficacia.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial contra los numerales 2 y 6 de la sentencia de primera instancia. Adujo que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración pues estos son de origen legal, conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y no a un actuar caprichoso de la AFP; que la parte actora no se encuentra vinculada con **PORVENIR**, por lo que no posee ningún tipo de cuenta de ahorro a nombre del demandante, ya que todos estos valores pues fueron trasladados a PROTECCIÓN; que no es procede la indexación en la medida en que los gastos de administración no han perdido poder adquisitivo, sino que estos gastos lograron incrementar el saldo de la cuenta de ahorros de ahorro individual de la parte actora y de ordenarse una condena en tal sentido constituiría un enriquecimiento sin justa causa; y que no hay lugar a la condena en costas porque la entidad ha actuado de buena fe (*min. 43:16, archivo “24GrabacionAudienciaArticulo7780”*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Manifestó que se debe tener en cuenta la inversión de la carga de la prueba, dado que no debe recaer únicamente en las AFP demandadas en atención a que el demandante contaba con los medios y las capacidades para

comprender qué era lo que estaba firmando y tampoco se puede considerar como la parte débil en este proceso, por cuánto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera; que las actuaciones llevadas a cabo por **COLPENSIONES** se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente al demandante se basa única y exclusivamente en relación al cumplimiento del deber legal del literal e del artículo 13 de la Ley 1993; que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados (*min. 49:21, archivo “24GrabacionAudienciaArticulo7780”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** solicitaron la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a de HORIZONTE hoy **PORVENIR**, así como la procedencia de la condena a las AFP de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante su permanencia del afiliado en esos fondos de pensiones, debidamente indexados, y la condena en costas en contra de **PORVENIR**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) DOMAR LOPEZ** nació el 20 de septiembre de 1961 y se afilió al ISS el 06 de marzo de 1985 (*pág. 17 y 29, archivo “01DemandaAnexos”*); **ii)** se trasladó al RAIS el 30 de septiembre de 1994, a través de HORIZONTE hoy **PORVENIR**, efectiva a partir del 1° de octubre siguiente (*pág. 83 y 88, archivo “09ContestacionPorvenir20230125”*) y realizó traslado horizontal en el RAIS a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN**, donde permanece actualmente (*pág. 88 y 91, archivo “11ContestacionProteccion20230202”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación

o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, HORIZONTE hoy **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación, no exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que los asesores de la AFP le indicaron que el ISS se iba a acabar y que al tener un trabajo discontinuo no se iba alcanzar pensionar por lo que lo mejor era afiliarse al fondo privado y a los 60 años se le devolverían las cotizaciones, pero dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por parte del primer fondo donde se materializó el traslado, pues los traslados horizontales realizados no subsanan esa falta, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se precisa que actos como no usar el derecho de retracto, realizar diferentes traslados entre administradoras del RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464

de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta los argumentos expuestos en la alzada por **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia es clara en disponer la devolución total de los conceptos referidos en precedencia, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral del accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará esta parte de la sentencia.

También se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por

su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados por **COLPENSIONES**.

Y finalmente, frente a la inconformidad de la apoderada de **PORVENIR** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

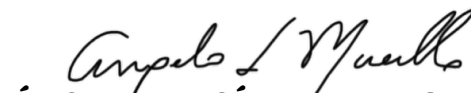
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DOMAR LOPEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

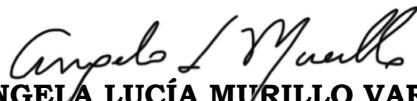
RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2022 00259 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 02-2018-00345-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de la parte **DEMANDANTE** contra el fallo del 05 de septiembre de 2023, que declaró probadas las excepciones de mérito, absolvió a las demandadas y condenó en costas al demandante (min. 1:26:19 archivo “15GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 2 a 12 archivo “01ExpedienteDigitaliado”).

FABIO JOSÉ TAMAYO QUIMBAYO solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos de la ley 100 de 1993, en aplicación del régimen de transición, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que se afilió al ISS el 15 de noviembre de 1969, se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el 01 de enero de 2000, afiliación que se llevó a cabo bajo engaños, pues nunca fue asesorado por la AFP, quien no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales;

elevó petición a las demandadas, las cuales fueron negadas. Dijo, que cumplió los 50 años de edad el 27 de agosto de 2004 y cuenta actualmente con 1700 semanas cotizadas.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Admitió hechos relativos a la afiliación al ISS y el traslado de régimen, la reclamación administrativa y que esta fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos e invocó las excepciones de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genéricas (Pág. 75 a 88 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos relacionados a la vinculación del demandante a esa AFP, la densidad de semanas cotizadas y el derecho de petición elevado por el actor. Formuló las excepciones de falta de integración de Litis consorcio necesario, inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, la innominada o genérica y compensación. (pág. 120 a 138 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

III. DEMANDA DE RECONVENCIÓN. (Pág. 184 a 186 archivo “01ExpedienteDigitalizado”)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso demanda de reconvención solicitando condenar al demandante a reintegrar las sumas de dinero que ha cancelado por concepto de mesadas pensionales desde septiembre de 2018 y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso e indexación.

Como fundamento de su petición, dijo la accionada que el demandante suscribió formulario d afiliación de vinculación el 06 de noviembre de 1999, la Oficina de Bonos Pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** emitió bono pensional tipo A, cancelado por la suma de \$58.634.000 y el 13 de septiembre de 2018, posterior a la radicación de la presente demanda, el actor solicitó reconocimiento de pensión de vejez, prestación reconocida a partir de ese mes.

IV. CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El demandante **FABIO JOSÉ TAMAYO QUIMBAYO** se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención, aceptó la totalidad de los hechos y formuló las excepciones de prescripción, pago o inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo debido, buena fe y genérica. (pág. 188 a 192 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

Posteriormente, en Auto dictado en audiencia del 27 de febrero de 2020 (Acta Pág. 216 a 217 archivo “01ExpedienteDigitalizado”), se ordenó la vinculación del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, entidad que se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos relativos a las afiliaciones y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe (pág. 7 a 39 archivos “06ContestacionMinisterioHacienda”).

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 49:05 archivo “15GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”)

El 05 de septiembre de 2023, el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de mérito de imposibilidad de traslado por parte de pensionados propuesta por el ministerio de hacienda y crédito público y de inexistencia de la obligación propuesta por Porvenir y por Colpensiones. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a

*la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, de todas las peticiones incoadas en su contra por el demandante FABIO JOSÉ TAMAYO QUIMBAYO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante dentro de las que se incluirá la suma equivalente a un (1) SMLMV por concepto de agencias en derecho. **CUARTO:** Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones del demandante al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones **PORVENIR**, efectuada el 6 de noviembre de 1999, como consecuencia de ello, si **PORVENIR S.A.**, debe trasladar todas las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros, gastos de administración que hubieren sido descontados y que reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado a **COLPENSIONES**, quien a su vez debe activar la afiliación del demandante en el RPM, declarando como única afiliación válida la de fecha 15 de noviembre de 1969 al ISS hoy **COLPENSIONES**, y si es beneficiario del régimen de transición de conformidad con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siendo procedente el reconocimiento de la pensión de conformidad con la ley 100 de 1993 y al pago de las costas y las agencias y las demás condenas ultra y extra *petita*. De ser procedente la anterior declaración y condena si es viable condenar al señor **FABIO JOSÉ TAMAYO QUIMBAYO** a reintegrar a **PORVENIR** las sumas de dinero canceladas por concepto de mesadas pensionales desde septiembre del 2018 y hasta la ejecutoria del fallo de manera indexada.

Para resolver, la Juez indicó que no se encuentra en discusión que el demandante es proveniente del RPM y que solicitó trasladarse al RAIS el 06 de noviembre de 1999, ni que **PORVENIR** reconoció la garantía de pensión de mínima al actor el 02 de diciembre de 2018. En cuanto al deber de información del traslado de régimen, dijo que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ al revisar el caso, el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar el consentimiento informado, asimismo, que la AFP no demostró que cumplió con el

deber de información de los beneficios, características y requisitos del régimen, por lo que la AFP no acreditó que hubiera satisfecho al accionante en su deber de información. No obstante, que de acuerdo a la documental recaudada se logra establecer que el demandante goza de la garantía de pensión mínima y si bien a la interposición de la demanda no se había efectuado tal reconocimiento, lo cierto es que el demandante insistió en el mismo, pues fue el mismo demandante quien solicitó el reconocimiento pensional, por lo que al haber sido reconocida la pensión de vejez por parte del RAIS, el riesgo ya fue consolidado en ese régimen e ingresó en el haber del actor, concluyendo que no es posible el traslado solicitado.

**VI. RECURSO DE APELACIÓN (min. 1:20:25 archivo
“15GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”)**

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que no se demostró por parte de la AFP, la debida información al demandante al momento de la afiliación sobre los beneficios, características y requisitos, ni el significado de la garantía de pensión mínima, por lo que se debe tener en cuenta que el demandante no tuvo la información necesaria al momento de solicitar el reconocimiento pensional, petición que el demandante elevó en tanto no tenía ningún ingreso económico. Pide sea revocado el fallo

VII. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **PORVENIR S.A, COLPENSIONES** y **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** solicitaron confirmar el fallo de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

VIII. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

IX. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala establecer si es procedente declarar la ineficacia del traslado pensional de régimen pensional respecto de una persona que tiene la condición de pensionada en el RAIS, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

X. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **FABIO JOSÉ TAMAYO QUIMBAYO** nació el 27 de agosto de 1954 (Pág. 29 “01ExpedienteDigitalizado”); **ii)** el demandante se afilió al ISS desde el 15 de noviembre de 1969 (Pág. 55 a 62 “01ExpedienteDigitalizado”); **iii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No.01269353, efectivo a partir del 01 de febrero del 2000; AFP en la cual permanece vinculado (Pág. 145 archivo “01ExpedienteDigitalizado”); **iv)** el demandante reclamó a **PORVENIR** el reconocimiento de la pensión de vejez el 13 de septiembre de 2018 (Pág. 162 a 169 archivo “01ExpedienteDigitalizado”); **v)** **PORVENIR** reconoció al demandante garantía de pensión mínima en cuantía de \$781.242 a partir del 31 de octubre de 2018 (Pág. 183 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró probadas las excepciones, absolvió a las demandadas y condenó en costas a la parte demandante. Contra la anterior decisión, el **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional,

cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus

afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito

esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

A su vez, en la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Además de lo anterior, la Sala considera pertinente señalar que en los procesos donde se debate la ineficacia del traslado de régimen, resulta trascendental determinar la calidad del demandante, por cuanto su situación jurídica varía dependiendo de si se trata de un afiliado o un pensionado. En la Sentencia SL-17595 de 2015, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó de forma expresa que el deber de información comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, extremo límite que a juicio de esta Corporación permite inferir de forma razonable, que una vez consolidado el estado pensional, cesa la posibilidad para alegar la falta de información, por cuanto la decisión de solicitar el disfrute de la prestación económica y su posterior reconocimiento, constituyen un acto de ratificación de la voluntad de configurar el derecho pensional conforme las características del RAIS.

Esa misma Corporación, en sentencias SL373-2021, SL3707-2021 y SL3611-2021, ratificó la posición anterior y agregó que en estos casos no se trata solamente de revertir el acto del traslado y el

reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos, contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad de pensión elegida, que además de ello el capital desfinanciado generaría un déficit en el RPM que iría en detrimento del interés general de los ciudadanos. Concluye la Corte diciendo que la calidad de pensionado representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, y que intentar revertir tal condición implicaría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

CASO CONCRETO

Conforme con la jurisprudencia reseñada, correspondía a **PORVENIR S.A.** acreditar que al momento de la afiliación y durante la relación con el actor, cumplió de forma oportuna dicha obligación de información, siendo de su resorte la carga de la prueba de dicho hecho, por cuanto la posición jurisprudencial de la H. CSJ ha establecido que corresponde a la AFP acreditar su diligencia del deber de información y asesoría al afiliado, demostrando que le indicó las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho y que el mismo podría no solo aumentar sino también disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad relativa a la redención del bono pensional y la edad necesaria para su redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional en RAIS por la edad de los posibles beneficiarios, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP por cuanto un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos.

En el presente asunto, la parte demandada allegó copia del formulario de traslado que suscribió el demandante el 06 de noviembre de 1999 (Pág. 145 archivo “01ExpedienteDigitalizado”), el cual, si bien relaciona una manifestación de consentimiento libre e informado, la misma es genérica, por lo que no se puede tener como prueba

contundente de que se brindaron los suficientes elementos de juicio para que el afiliado emitiera una decisión consciente y debidamente informada.

Al valorar el interrogatorio de parte rendido por **FABIO JOSÉ TAMAYO** no se obtiene confesión alguna en la cual manifieste que fue asesorado por la AFP demandada, por el contrario, se ratificó en decir que decidió trasladarse al RAIS porque se le aseguró que el ISS iba a desaparecer y que al momento de dicha afiliación no fue asesorado por ningún personal de la AFP

No obstante, a pesar de que la AFP demandada no acreditó el cumplimiento de la obligación de información y asesoría al momento del traslado, no puede el Tribunal pasar por alto que el demandante se encuentra pensionado por **PORVENIR S.A.** según certificación expedida el 22 de noviembre de 2018, de la cual se extrae el reconocimiento de la garantía de pensión mínima en cuantía de \$781.2342 a partir del 31 de octubre de 2018 (Pág. 183 archivo “01ExpedienteDigitalizado”), por lo cual, **FABIO JOSÉ TAMAYO QUIMBAYO** al haber solicitado el reconocimiento de su pensión de vejez, la AFP **PORVENIR S.A.** le realizó una reasesoría sobre las formas de pensión, liquidación, negociación del bono pensional y modalidades de pensión, sin que durante dicho trámite el demandante presentara su deseo de retornar al RPM, entendiéndose que ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS y adquirir su pensión en dicho régimen.

Adicionalmente a lo anterior, la Sala recuerda que no es dable equiparar las condiciones de afiliado y pensionado. Al respecto, en la sentencia C-841 de 2003, la H. Corte Constitucional declaró exequible el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, norma que solo permite a los afiliados el traslado de AFP y no a los pensionados, por cuanto consideró que permitir dicha movilidad a estos últimos afectaría la sostenibilidad financiera del sistema por el incremento de gastos administrativos y el desincentivo de inversiones a largo plazo que quedaría sometidas a que el pensionado no decida trasladarse.

Considerando la precitada sentencia y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se citó anteriormente, esta Sala concluye que es constitucionalmente válido limitar el traslado de pensionados entre AFP, con mayor razón debe restringirse el traslado de régimen pensional de los mismos, incluso si no se acredita que al momento del traslado las AFP demandadas hubieran cumplido con su deber de información, toda vez que el reconocimiento de la pensión es un acto que ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, sumado al hecho que permitir el cambio de régimen de los pensionados desconocería el principio de exclusividad de los regímenes, a la vez que conllevaría a afectar a terceros de buena fe, como lo es el caso de las compañías aseguradoras que emiten las pólizas de renta vitalicia y los terceros que adquirieron en el mercado de valores el bono pensional que fue negociado de forma anticipada, entre otros muchos, tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones sobre la materia.

En conclusión, el demandante ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez, trámite durante el cual no manifestó ninguna oposición o deseo alguno de trasladarse al RPM, motivo por el cual la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que definió que no se cumplen los presupuestos normativos para declarar la ineficacia del traslado del actor, quien ostenta la condición de pensionado.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER PIOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FABIO JOSE TAMAYO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2018 00345 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.02-2021-00198-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 24 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenó a la AFP **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, y a **COLPENSIONES** a aceptar dichos valores y a actualizar la historia laboral (*min. 01:12:10, archivo "18GrabacionSentenciaPrimeraInstancia"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

BLANCA CECILIA CASTAÑEDA RIVERA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se

declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, realizado a **PORVENIR** y, en consecuencia, ordenar a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración, a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación, recibir los aportes y a actualizar la historia laboral, junto con las condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 15 de enero de 1967, realizó cotizaciones en el ISS hasta el año 2002 y ante una campaña de desinformación de las AFP, firmó formulario de traslado de régimen pensional a **PORVENIR** el 22 de febrero de 2002, fondo de pensiones que no le brindó información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen (pág. 6 a 25, archivo “01EscritoDemanda”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación en el ISS, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 2 a 40, archivo “06Contestacioncolpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las excepciones de *prescripción*; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 30, archivo “07ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:12:10, archivo “18GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”)

El 24 de agosto de 2023, el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la señora BLANCA CECILIA CASTAÑEDA RIVERA identificada con la cédula de ciudadanía No. 59.906.493, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR el día 22 de febrero de 2022, de conformidad por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante la señora BLANCA CECILIA CASTAÑEDA RIVERA identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.906.493, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente en la parte considerativa de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación realizada el 8 de julio de 1994, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención a futuro de la pensión de la señora BLANCA CECILIA CASTAÑEDA RIVERA identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.906.493, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas de las restantes pretensiones incoadas en su contra por la demandante. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte accionada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. **SÉPTIMO:** Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, remitir el proceso al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral en grado jurisdiccional de consulta en su favor si la presente decisión no fuere apelada. **OCTAVO:**

Por Secretaría y previo a remitir el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.” SIC.

Como sustento de la decisión, la Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los fondos de pensiones tienen a su cargo el deber de información y buen consejo, y en este caso de las pruebas aportadas y del interrogatorio rendido por la accionante no se puede inferir que **PORVENIR** le brindó información suficiente al momento de realizar su traslado de régimen pensional, razón por la cual concluyó que el traslado de régimen es ineficaz, pues la demandante tomó la decisión sin contar con todos los elementos de juicio que la llevaran a decidir de manera consciente e informada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que si bien en el transcurso del proceso se trató de demostrar la ineficacia del traslado por vicios del consentimiento, estos quedaron saneados por el pasar del tiempo como quiera que la demandante ha permanecido por más de 20 años en el fondo privado, y esa afiliación se hizo de manera libre, consciente y voluntaria, no pudiéndose pregonar la existencia de algún vicio que tampoco se encuentra acreditado en el plenario; solicita se tenga en cuenta la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 del 2003 y el impacto que puede tener el traslado en la sostenibilidad financiera del sistema pensional (*min. 01:15:34, archivo “18GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó la

revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** del RPM al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos *i)* **BLANCA CECILIA CASTAÑEDA RIVERA** nació el 15 de enero de 1967 (*pág. 26, archivo “EscritoDemanda”*) y se afilió al ISS a partir del 08 de enero de 1992 (*pág. 169, archivo*

“06ContestacionColpensiones”); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 22 de febrero de 2002, con efectividad del 1° de abril siguiente (*pág. 78 y 80, archivo “07ContestacionPorvenir”*) donde permanece actualmente.

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los representantes de la AFP le dijeron que el ISS se iba a acabar, que iba a perder los aportes y que al pasarse al fondo privado iba a tener más beneficios y mejores rendimientos, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación formulado por **COLPENSIONES**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y

simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, rendimientos financieros y, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo y debidamente indexados los gastos de administración, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en la devolución total de los conceptos referidos en precedencia, y no dispuso la indexación, se modificará y adicionará la parte resolutive de la sentencia.

De la misma manera se modificará el ordinal primero de la sentencia de primera instancia para precisar la fecha en que se realizó el traslado de régimen pensional que se está dejando sin efectos.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los valores antes referidos y a actualizar la historia laboral de la demandante, no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará esta parte de la sentencia

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, advirtiendo que en este caso esa compensación económica no fue objeto de fijación del litigio, como lo reclamó en la alzada la apoderada del fondo público.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021 y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por BLANCA CECILIA CASTAÑEDA RIVERA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR, el 22 de febrero de 2002*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

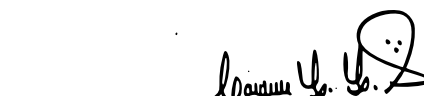
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: BLANCA CECILIA CASTAÑEDA RIVERA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2021 00198 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.04-2022-00017-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a favor de esta última, contra la sentencia del 18 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante a **PORVENIR** y se ordenó a la AFP trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos por aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y condenó en costas a **PORVENIR** (*min. 47:26, archivo “20GrabaciónAudiencia20230718”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JAIRO WILLIAMS MENESES RODRIGUEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se

declare la nulidad del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, a través de **PORVENIR** y, en consecuencia, se ordene a las AFP a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM todos los valores que hubieran recibido con motivo de su afiliación y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, a actualizar la historia laboral y a reconocerle la pensión de vejez sin solución de continuidad, junto con la condena en costas.

Fundamentó sus pretensiones en que el 18 de noviembre de 1999 se trasladó del ISS a COLPATRIA hoy **PORVENIR**, fondo que nunca le brindó asesoría ni le suministró información sobre las condiciones que obtendría su pensión, al contrario le manifestaron que la pensión la obtendría en mejores condiciones; que desde la fecha del traslado le manifestó a **PORVENIR** su intención de devolverse nuevamente al ISS, la cual no fue atendida; y que el 17 de julio de 2018 solicitó formalmente su traslado al ISS, recibiendo respuesta negativa el 23 de julio siguiente (pág. 5 a 11, archivo “04SubsanacionDemanda”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no le constaban y formuló las excepciones de *validez de la afiliación al RAIS*; saneamiento de una presunta nulidad; solicitud de traslado de dineros de gastos de administración; prescripción; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; buena fe; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (pág. 25 a 20, archivo “09ContestacionColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; restituciones mutuas y la

innominada o genérica (pág. 2 a 26, archivo “13ContestacionDemandaPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 47:26, archivo “20GrabaciónAudiencia20230718”)

El 18 de julio de 2023, el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de JAIRO WILLIAMS MENESES RODRIGUEZ a la AFP PORVENIR, suscrita el 19 de noviembre de 1999. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. La referida devolución deberá hacerse dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. lo anterior debe hacerse dentro de los 15 días siguientes al plazo indicado en el numeral anterior. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada AFP PORVENIR. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1 SMLMV. **SEXTO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.”

Como sustento de la decisión, el Juez indicó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba recaía en **PORVENIR**, a quien le correspondía demostrar el tipo de información que le dio al demandante al momento del traslado, las consecuencias positivas como negativas y las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, que como tal aspecto no ocurrió se demostró la falta al deber de información, lo que es indicativo que esa afiliación es ineficaz, siendo obligación de la AFP

trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos por conceptos de aportes pensionales, debidamente indexados.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial con el fin de que se revoque la condena por indexación. Adujo que a través de la sentencia del 29 de junio de 2016 la Corte Suprema de Justicia precisó el alcance de la indexación, por lo que si se tiene en cuenta la responsabilidad del fondo de pensiones de generar una rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro de los afiliados, resulta incompatible y excluyente esta orden porque los ahorros de la demandante no se vieron afectados por la inflación y contrario a ello **PORVENIR** por su administración le garantizó rendimientos mínimos establecidos en la Ley, que son muy superiores a los que se le hubiesen generado en el RPM, como lo ha entendido el Tribunal Superior de Cundinamarca y el Tribunal Superior de Cali, siendo ello así considera que la condena implica una doble sanción (*min. 49:48, archivo “20GrabaciónAudiencia20230718”*).

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** también presentó recurso de apelación contra la decisión de primer grado. Señaló que no es viable retornar a la demandante al RPM dado que se encuentra inmersa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, que pudo retornar antes de entrar en dicha prohibición y no lo hizo y no consultó la normatividad que le correspondía por lo que no puede utilizar su propia culpa para beneficiarse; que si bien la información está principalmente en cabeza de los fondos privados, también existen obligaciones por parte de los afiliados, esto es informarse de los servicios que están adquiriendo cuando se trasladan de régimen y por lo tanto, no puede el demandante excusarse en que hubo una falta de información; que no se puede recibir al actor en el RPM porque se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera (*min. 51:36, archivo “20GrabaciónAudiencia20230718”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de las demandadas solicitaron la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

Por su parte, el apoderado del demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) JAIRO WILLIAMS MENESES RODRIGUEZ** nació el 24 de agosto de 1960 y se afilió al ISS a partir del 27 de diciembre de 1979 (*pág. 29 a 34, archivo “01DemandayAnexos”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** el 19 de noviembre de 1999, con efectividad a partir del 1° de enero de 2000, donde sigue vinculado (*pág. 39 y 58, archivo “13ContestacionDemandaPorvenir”*).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación,

estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como

indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, COLPATRIA hoy **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues solo allegó el formulario de afiliación, y la sola firma de este documento por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los representantes de la AFP le dijeron que iba a tener los mismos beneficios que en el ISS y que se iba a pensionar más joven, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación formulado por **COLPENSIONES**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de

1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES**, los aportes pensionales, rendimientos financieros y, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, lo que descarta los planteamientos de la alzada formulada por la AFP, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo el fondo de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia es suficientemente clara en disponer

la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a **COLPENSIONES** como actual fondo administrador de las cotizaciones del demandante, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a actualizar la historia laboral, por lo que se adicionará el alcance de la condena, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Adicionalmente, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente

pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por JAIRO WILLIAMS MENESES RODRIGUEZ a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, el 19 de noviembre de 1999. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir al demandante, sin solución de continuidad, como su afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a recibir de **PORVENIR** los valores ordenados y a actualizar la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAIRO WILLIAMS MENESES RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2022 00017 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.07-2019-00724-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 21 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió al demandado **VICTOR RAÚL MARTINEZ PALACIOS** de todas las pretensiones, condenó a la sociedad demandada **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** al pago de la reliquidación de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio y aportes pensionales, indemnización moratoria y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción (*min. 01:36:34, archivo “25AudioAudienciaFallo”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

CARLOS JULIO ESPINEL NIETO llamó a juicio a **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** y **VICTOR RAUL MARTINEZ PALACIOS** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y, en consecuencia, se condene al pago de media hora diaria extra, se reliquiden las prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales con el salario realmente devengado, indemnización por despido, indemnización

moratoria, reintegro de sumas descontadas, indexación, condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que trabajó para la demandada **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.**, desde el 16 de mayo de 2006 al 30 de junio de 2019, como operador de bus articulado, que debió devengar un salario mayor al registrado en su historia laboral; que el contrato de trabajo se pactó inicialmente a término fijo por un año, pero se convirtió a término indefinido, el cual fue terminado sin justa causa el 30 de junio de 2019; que trabajó 39 horas a la semana hasta el 19 de agosto de 2013 y luego 51 horas a la semana hasta la finalización contrato; que debía empezar a trabajar media hora antes de iniciar su labor dado que debía alistar y revisar que el vehículo estuviera en óptimas condiciones, tiempo que no le fue remunerado, así como tampoco los recargos de dominicales y festivos; que el bono mensual que recibió durante la vigencia de su contrato hacia realmente parte de su salario y por lo mismo se dejaron de pagar las diferencias de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión. (pág. 4 a 24 y 268 a 291, archivo “01Cuadernoprincipal”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. se opuso a las pretensiones, aceptó el cargo desempeñado por el demandante, expresó que los demás hechos no eran ciertos y propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación*, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, compensación y la genérica (pág. 1 a 22, archivo “08ContestacionSi99”).

VICTOR RAUL MARTINEZ PALACIOS se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló como previa la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y como de mérito las excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de causa en las pretensiones por parte del

demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido y la genérica (pág. 1 a 10, archivo “10ContestacionVictorMartinez”)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:36:34, archivo “25AudioAudienciaFallo”)

El 21 de septiembre de 2022, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: DECLARAR** que entre la sociedad demandada **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** y el señor demandante **CARLOS JULIO ESPINEL NIETO** existió una relación laboral que estuvo vigente entre el 16 de mayo del 2006 y hasta el 30 de junio del 2019 bajo dos modalidades de contrato, la primera a término fijo y el cual terminó siendo bajo modalidad de contrato por obra o labor determinada y terminó por justa causa en virtud de la terminación de la obra o labor contratada, tal y como se explicó en las consideraciones. **SEGUNDO: SE ABSUELVE** al señor **VICTOR RAUL MARTINEZ PALACIOS** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante. **TERCERO: SE CONDENA** a la sociedad demandada **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** a pagar al señor demandante los siguientes valores y conceptos: por concepto de cesantías \$6.228.191, por intereses a las cesantías \$1.115.882 valores que deben pagarse debidamente indexados, igualmente se le condena por primas de servicios un total de \$1.642.102, por la indemnización moratoria del artículo 65 del Código procesal del trabajo y la Seguridad Social, el valor de un día de salario por cada día de mora por 24 meses que corresponden a \$53.335.200, a partir del primer día del mes 25, deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación que certifique la Superfinanciera sobre las condenas impuestas por prestaciones y hasta que se realice el pago total de dichas condenas. Igualmente se condena a la sociedad demandada y empleadora a pagar la diferencias de los aportes pensionales que se causaron desde el año 2006 y hasta el 2019 por el salario real devengado por el demandante, conforme a lo que se expuso en la parte motiva, este pago deberá hacérselo al fondo Colpensiones, al cual era afiliado el demandante y a través de cálculo actuarial que se oficiará a Colpensiones para que lo realice una vez ejecutoriada esta sentencia, dentro de los 10 días siguientes, por secretaría se libraré oficio a Colpensiones para que lo realice una vez ejecutoriada esta sentencia, dentro de los 10 días siguientes, por Secretaría, se libraré oficio a Colpensiones indicándole los salarios año a año en los cuales deberá ser esta reliquidación de aportes pensionales y se le concede el término de 30 días para que presente ese cálculo actuarial que debe ser objeto de pago por parte de la empresa empleadora y demandada. **TERCERO: Se NIEGAN** las restantes pretensiones de la demanda conforme lo que se puso en la parte motiva **CUARTO: CONDENAR** en costas a cargo de la sociedad **SISTEMA**

INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A y las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en un 7% de las condenas que se impusieron y liquidaron en esta sentencia. Igualmente, se condena al demandante a costas procesales, agencias en derecho a favor del demandado VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO, en virtud de su absolución y las agencias en derecho se tasan en \$600.000 (...).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que sobre el trabajo suplementario no había soporte probatorio para emitir condena por esos 30 minutos diarios reclamados, con las pruebas practicadas y los testimonios recolectados se demostró que el demandante no era el que realizaba el mantenimiento y alistamiento del vehículo, toda vez que había terceros o contratistas que realizaban estas actividades. Tampoco se probó los horarios de ingreso del actor a las instalaciones de la empresa.

En lo atinente a la acción dirigida contra la persona natural Víctor Raúl Martínez Palacio emitió decisión absolutoria al advertir que funge es como representante legal de la empresa demandada, empresa distinta a una sociedad limitada, no siendo posible emitir condenas solidarias en su contra y tampoco se le puede catalogar como empleador.

Frente a la bonificación como factor salarial concluyó que la misma se pagó de forma ininterrumpida y no se podía desalarizar debido a que no obedecía al cumplimiento de metas de la entidad, sino al cumplimiento de las exigencias internas del empleador y a cargo del trabajador, considerando que estos en efecto constituían salario y remuneraban directamente la labor del demandante; y aunque de acuerdo con las declaraciones recaudadas dicho auxilio beneficiaban a todos o algunos trabajadores de la empresa, el cumplimiento en realidad era individual y devenía precisamente de la actividad laboral del trabajador, según el pacto contractual. Por lo anterior, ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, previo cálculo actuarial de Colpensiones, y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 29 de junio de 2016.

Frente a la indemnización por terminación del contrato precisó que el trabajador suscribió el *otro sí* contractual con conocimiento de que la causa de la variación eran las modificaciones de las condiciones contractuales con Transmilenio, no siendo procedente condena por este concepto. Condenó al pago de la indemnización moratoria al establecer que la conducta del empleador al desalarizar la bonificación no era constitutiva de buena fe y afectó el patrimonio del trabajador.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que hubo una errada interpretación por parte del despacho frente a la causación del pago de la bonificación, pues si bien se indicó que desde el inicio del contrato existían unas condiciones necesarias para el cumplimiento y pago de la misma, esas condiciones, ítems y necesidades de cumplimiento no eran estrictamente y únicamente relacionadas con la prestación personal del servicio del demandante, había una interacción por parte de diferentes operaciones o diferentes miembros de la colectividad de SI 99 para que se pudiera cumplir con esas condiciones que causaban o generaban el pago de esa bonificación y por lo tanto, al no ser esto una situación plenamente atribuible al desempeño de actividad propia del trabajador, no era una condición que buscará remunerar su prestación personal del servicio. Adicionalmente, al actor se le podía llegar a pagar, hubiese o no hubiese prestación personal del servicio, como los fueron en las épocas de vacaciones o incapacidades, por lo que considera que no se valoró correctamente la declaración de la testigo Karen y el interrogatorio del representante legal de la empresa.

Con respecto a la indemnización moratoria solicitó la revocatoria, pues aduce que hay prueba de la buena fe de la empresa, dado que nunca se desalarizó ningún pago, no hubo demoras en el pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social. Y que en caso de

que se confirme la sentencia, solicita se revoque la condena en costas para que estén acordes con los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la judicatura, al considerar excesivo el monto fijado (*min. 01:40:13, archivo “25AudioAudienciaFallo”*).

Por otro lado, el apoderado de **CARLOS JULIO ESPINEL NIETO** presentó recurso de apelación con la negativa al reconocimiento de horas extras y la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo. Adujo que se debió tener la media hora de antelación para la preparación del vehículo como horas extras, toda vez que era una obligación que la empresa le exigía al trabajador, y quedó demostrada que esa media hora se prestó permanentemente. Además, que se le hizo firmar al demandante ese *otro si* desmejorando sus condiciones de trabajo, porque no es lo mismo estar vinculado a una empresa con un contrato de trabajo a término fijo prorrogable varias veces en el tiempo, que obtener un trabajo precario que tiene una finalización en cualquier momento. Por ende, considera que la empresa tenía toda la facultad de dar por terminado el contrato si era a término definido, pero pagando la respectiva indemnización (*min. 01:55:23, archivo “25AudioAudienciaFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del demandante solicitó la confirmación de la sentencia. Por su parte, el apoderado de la demandada solicitó revocar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de trabajo suplementario; si el reconocimiento del auxilio prestacional (bono) constituye o no salario, la procedencia de la reliquidación de acreencias laborales y aportes a seguridad social, la indemnización moratoria, la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo y las costas procesales, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico .

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** entre **CARLOS JULIO ESPINEL NIETO** y la sociedad **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** existió un vínculo laboral vigente entre el 16 de mayo de 2006 y el 30 de junio de 2019, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de operador de buses articulados (*pág. 1 a 6 y 70, archivo “09ContestacionSi99”*) **ii)** entre el empleador y el trabajador se celebró *otro si* contractual el 26 de febrero de 2019, donde se cambió la modalidad contractual de término fijo a duración de la labor contratada (*pág. 18 a 20, archivo “09ContestacionSi99”*); **iii)** en comunicación del 30 de junio de 2019 el empleador dio por terminado el contrato de trabajo, aduciendo la terminación del contrato de concesión No.001 del 19 de abril de 2000 suscrito con Transmilenio S.A. (*pág. 66, archivo “09ContestacionSi99”*).

- La carga de la prueba sobre trabajo suplementario y recargos

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que corresponde al demandante acreditar, más allá de cualquier duda razonable, la real y efectiva prestación del servicio en los tiempos y condiciones que generan el pago de trabajo suplementario (horas extras) o recargos (nocturno, dominical o festivo), por cuanto la prueba de su generación no es dable mediante suposiciones, debiéndose determinar con precisión la cantidad de horas que por dichos

conceptos están pendiente de pago (SL3009 de 2017 y SL939 de 2018, entre otras).

El artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, siendo ordinaria aquella jornada que inicia a las 6 de la mañana y termina a las 10 de la noche (art. 160 CST). A partir del 18 de julio de 2017, se redujo la jornada ordinaria hasta las 9 de la noche, en virtud de la Ley 1846 de 2017).

Por lo anterior, la parte que solicita el reconocimiento de dichos conceptos debe acreditar, de forma contundente, la prestación efectiva del servicio sobre la cual funda su solicitud de pago.

Descendiendo al caso bajo estudio, reclama el demandante que se reconozca el pago de dicho trabajo suplementario que corresponde a media hora día. Al punto, la carga de la prueba recaía en **CARLOS JULIO ESPINEL NIETO**, quien debía acreditar haber laborado en horas extras durante la ejecución del contrato y por el periodo reclamado y que, a pesar de ello, los servicios no fueron remunerados con el porcentaje adicional.

La parte actora, en la alzada, menciona que se debe tener en cuenta que el demandante debía empezar a trabajar media hora antes de iniciar su labor como operador de buses articulados con el fin de alistar el automotor y revisarlo en integridad.

Luego del análisis de las pruebas aportadas al expediente, la Sala confirmará la decisión absolutoria. Nótese que a pesar de que **CARLOS JULIO ESPINEL NIETO** en su interrogatorio (*min.4:40, archivo "20AudioAudienciaArticulo80"*), así como los testigos Fernando López Cepeda (*min. 1:12:42, archivo "20AudioAudienciaArticulo80"*) y William Jhovani Boyano Quiroga (*min. 1:34:15, archivo "20AudioAudienciaArticulo80"*), quienes manifestaron haber sido

compañeros de trabajo del demandante, fueron coincidentes en afirmar que en verdad les tocaba adelantar esa labor previo a iniciar la jornada laboral pactada en el contrato de trabajo, sin embargo, también aceptaron que la prestación del servicio se hacía en turnos, de lo que se deduce que solo algunas veces coincidieron, por lo que los declarantes no pudieron conocer con detalle y precisión la labor que realizó el actor en trabajo suplementario durante todo el periodo que se reclama en esta acción.

Por lo tanto, dicha circunstancia no es suficiente para edificar la pretensión que se reclama, puesto que resultaba fundamental precisar con claridad no solo que el trabajador ingresaba media hora antes a realizar las referidas funciones, sino los tiempos efectivamente laborados bajo esas condiciones y este presupuesto no se evidencia. Tampoco de los comprobantes de pago se demuestra el desarrollo de la jornada laboral o la actividad que se aduce fue ejecutada más allá de su horario de trabajo, solamente puede extraerse el nombre del trabajador y del empleador, los conceptos a cancelar y los respectivos meses causados, pero no la jornada diaria laborada. Tampoco hay elementos persuasivos que permitan saber con certeza la hora de ingreso del trabajador a cada uno de los sitios donde recibía el vehículo y sobre este punto no hubo ninguna confesión de la parte demandada.

Por lo anterior, al no estar demostradas las horas adicionales laboradas por **CARLOS JULIO ESPINEL NIETO**, se deduce que el juzgador de primera instancia no incurrió en error alguno, motivo suficiente para confirmar en este aspecto la sentencia.

- **Sobre el concepto de Salario.**

Conforme el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el salario abarca la remuneración ordinaria del trabajador y también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo

suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. De lo anterior, es posible inferir que es salario todo pago, en dinero o especie, que retribuye el servicio personal prestado por el trabajador.

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificó el artículo 128 Código Sustantivo del Trabajo, a fin de indicar que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco los pagos que recibe no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente o dados de forma extralegal, si las partes disponen expresamente que no constituyen salario.

Atendiendo los anteriores presupuestos normativos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que aparezca en una cláusula del contrato o en un otrosí que suscriban las partes y con aparentes tintes de legalidad, pues tales estipulaciones simple y llanamente pierden eficacia a la luz del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo (SL403-2013, SL10995-2014, SL4866-2020, SL986-2021, entre otras).

Igualmente, la misma Corporación ha resaltado que las partes unidas mediante un contrato de trabajo sí pueden establecer que determinados pagos no constituyen salario, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo y por tanto no es para beneficio del trabajador, mucho menos para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (SL9544-2014, SL10995-2014, SL1437-2018). A su vez, que el acuerdo entre las partes debe especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial de forma expresa, clara, precisa y detallando

cada rubro que cobija, so pena de que toda clausula global o genérica que cause duda sobre si es o no salario deba ser resuelta a favor del trabajador (SL4342 de 2020, SL4866 de 2020).

De otra parte, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y, de ser así, en principio, estos se consideran retributivos del servicio, trasladándose la carga de la prueba al demandado, quien, para evitar las consecuencias prestacionales, debe demostrar que su fin era otro (CSJ SL986-2021, SL4313-2021).

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró el carácter salarial del concepto denominado bonificación por productividad, y en virtud de ello, condenó a la sociedad demandada a pagar la diferencia por prestaciones sociales y aportes a pensión.

Al respecto, el apoderado de la demandada al momento de elevar el recurso señaló que hubo una errada interpretación por parte del despacho frente a la causación del pago de la bonificación, que se desconoció el pacto no salarial y que no obra prueba en el plenario que esa suma hacia parte de esa remuneración salarial para las labores que el trabajador desarrolló.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la demandada, siendo relevante reflexionar que conforme con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y el referente jurisprudencial citado, para fijar la naturaleza salarial de un pago, le correspondía al trabajador demostrar la habitualidad y permanencia del beneficio extralegal para presumir que dicha prestación es constitutiva de salario, caso en el cual la carga de la prueba se invierte, siendo obligación del empleador justificar que dicho pago no remunera o retribuye de manera directa los servicios del trabajador.

En el presente asunto la habitualidad, permanencia y uniformidad del pago de este auxilio extralegal es un aspecto que no fue objeto de controversia, además se acredita con los documentos incorporados al expediente.

Se advierte que el suscrito magistrado ponente, en procesos con identidad de supuestos fácticos, apoyó la tesis según la cual la bonificación de productividad no era configurativa de factor salario. Sin embargo, el análisis efectuado en este caso conlleva a reevaluar esa posición para concluir que dicho auxilio extralegal debe ser tenido en cuenta como salario para todos los efectos, como pasa a explicarse.

En el contrato que suscribieron las partes se acordó un reconocimiento extralegal en los siguientes términos¹:

“DÉCIMA PRIMERA: Cláusulas Adicionales: 1) Las partes EMPLEADOR y trabajador en forma expresa acuerdan que la cantidad de hasta CIENTO OCHENTA MIL pesos mensuales (\$180.00.00) se entregarán como bonificación no constitutiva de salario por concepto de productividad, que se determinará mediante el cumplimiento de las siguientes metas: cumplimiento de las reglas establecidas por Transmilenio (30 %), protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus (20%), cumplimiento en los horarios de trabajo (15%), cumplimiento de las reglas de convivencia (15%), cumplimiento de las normas de manejo preventivo (20%). Esta bonificación se pacta y así lo aceptan en forma expresa las partes, de conformidad con lo previsto por el art. 128 del C.S.T., modificado por el art. 15 de Ley 50 de 1.990.”

Se acreditó que el 26 de febrero de 2019, las partes suscribieron otro sí al contrato de trabajo, donde se cambió la modalidad de término fijo a duración de la labor contratada (pág. 18 a 20, archivo “09ContestacionSi99”), y se advirtió que “todas las demás estipulaciones y/o de los que no sea objeto el presente Otrosí se mantienen vigentes y cualquier modificación que las partes hagan respecto de éstas, se hará constar por escrito con la firma de las mismas”, sin que se acreditara en el juicio que la cláusula Décimaprimer a aludida se haya modificado con posterioridad.

¹ Página 1 a 4, archivo “09ContestacionSi99”.

El juzgado de instancia concluyó que la bonificación por productividad era salario atendiendo el contenido literal del acuerdo convencional, razonamiento que para la Sala no es desatinado puesto que de ella no se deduce que la causación de la bonificación estuviera condicionada al cumplimiento de objetivos grupales, sectoriales o toda la masa empresarial, como lo sostiene la sociedad demandada. Al contrario, los indicadores impuestos por la compañía tuvieron como finalidad exaltar el grado de desempeño del trabajador a través de exigencias, calidades y estándares en la prestación del servicio, medidos en los criterios de cumplimiento de reglas y horarios, puntualidad, grado de satisfacción del usuario y comportamiento vial.

La Sala de Descongestión de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al estudiar una cláusula contractual similar a la analizada en este asunto, teniendo como demandada a la misma empresa **SI 99**, concluyó que *“el pago de la bonificación por productividad estaba condicionado al cumplimiento de unas metas fijadas por el empleador. Empero, de ninguno de los apartes del texto que se reprodujo, se desprende un condicionamiento al logro de objetivos grupales, como lo dedujo el Tribunal.”* (SL SL3630-2022), análisis que resulta aplicable al presente asunto.

Lo anterior por cuanto el establecimiento de una bonificación extralegal bajo esas reglas especiales implicó evidentemente el esfuerzo del trabajador para la consecución de los objetivos propuestos por la compañía. Luego, la conclusión no puede ser otra que los dineros pagados por este concepto no tenían una finalidad diferente a la de remunerar la prestación del servicio del cual dependía su pago mensual.

Incluso, contrario a lo afirmado por el apoderado de la demandada en el recurso de apelación, no es cierto que dicha bonificación se pagara independiente de que el trabajador prestara o no su servicio, esta teoría se desvanece al verificar aquellos comprobantes de pago que incluyen incapacidades y vacaciones,

donde las sumas reconocidas por esos periodos se redujeron considerablemente en comparación a un mes de labores sin interrupciones, lo que es indicativo que se pagaron de forma proporcional al tiempo efectivo de servicio (*pág. 101, 117, 139, 204, archivo “01CuadernoPrincipal” y págs. 114,120, 128, 129, 131, 133, 143, 154, 155, 164 y 165, archivo “09ContestacionSi99”*).

Y pese a que tanto el representante legal de la demandada (*min.44:15, archivo “20AudioAudienciaArticulo80”*) y la testigo Karen Viviana Rodríguez Forero (*min.1:57:54, archivo “20AudioAudienciaArticulo80”*) fueron coincidentes en explicar que el beneficio no prestacional se reconocía a todos los colaboradores por un cumplimiento de indicadores ante Transmilenio y dependía del trabajo de todos, lo cierto es que, además de no estar probada, la práctica llevada a cabo por la empresa no puede desconocer que del pacto contenido en el contrato de trabajo se deduce que el beneficio surgía de un componente puramente individual, luego los cuestionamientos realizados por el apoderado en la alzada no son de recibido, dado que estas pruebas, al no tener soporte documental que las corrobore, no conducen a concluir cuestión diferente.

Siendo ello así, para la Sala no hay duda de que los montos reconocidos bajo la denominación de bonificación de productividad o de beneficio no prestacional se otorgaron con el propósito de retribuir de forma directa y periódica el servicio prestado por el demandante, lo que conlleva a que esos valores devengados se enmarquen en la regulación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que debieron tenerse en cuenta al momento de la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Como tal suceso no ocurrió durante la vigencia y finalización del contrato de trabajo, deviene procedente la reliquidación de las acreencias laborales reclamadas, motivo suficiente para descartar los argumentos elevados en la alzada y confirmar en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Al no presentarse inconformidad por la prosperidad parcial de la excepción de prescripción, los salarios obtenidos, los montos calculados por el *a quo* por reliquidación de acreencias laborales y aportes a seguridad social, la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

- Sobre la indemnización moratoria

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

De otra parte, el mismo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado, de manera pacífica, que si el trabajador devengó un salario superior a 1 SMLMV, el contrato de trabajo terminó en vigencia de la Ley 789 de 2002 y se radicó la demanda posterior a los 24 meses, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, sino que el empleador deberá pagar al trabajador los intereses moratorios a la tasa máxima señalada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los créditos de libre asignación, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados. Dicha posición ha sido reiterada en las

sentencias SL36577-2010, SL46385-2012, SL685-2013, SL10632-2014, SL3274-2018, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal confirmará la condena por este concepto, dada la forma en que se desarrolló la relación laboral y que el empleador le restó el valor como salario a unos beneficios que sí tienen esa condición, es palmario concluir que tales aspectos no pueden ser constitutivos de actos de buena fe a favor del empresario, quien no podía desconocer tal calidad en los términos del artículo 127 del CST.

Además, la celebración de un pacto de exclusión salarial no puede justificar al empleador para desconocer un pago que es salario y, a su vez, pretender que ese actuar es revestido de buena fe, para exonerarse de la indemnización moratoria (SL5146-2020 y SL5146-2021).

Al producirse la reliquidación de prestaciones sociales y al presentarse la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo (*16 de octubre de 2019, pág. 260, archivo 01CuadernoPrincipal*) la consecuencia lógica es que se cause esta indemnización, puesto que se dejaron de calcular correctamente los montos con la inclusión del auxilio extralegal salarial.

Bajo el anterior análisis y al no cuestionarse el valor reconocido por este concepto, se confirmará la condena.

- Sobre la terminación del contrato por obra o labor

Para resolver la controversia es pertinente señalar que con fundamento en el artículo 45 del CST, las partes pueden someter la duración del contrato de trabajo al tiempo que tardará la ejecución de una obra determinada a cuya elaboración se va a vincular el trabajador, en el entendido de que una vez concluya dicha obra o labor

habrá terminado la materia o causa que le dio origen a la relación de trabajo y el contrato de trabajo se resolverá legalmente.

En el contrato de trabajo por duración de obra, ambas partes conocen desde el inicio de la relación de trabajo que la vinculación laboral está sometida en su duración al tiempo que tome la realización y finalización de una obra material o la culminación de una labor específica a la que se vinculará el trabajador, por lo cual, ninguna de ellas tiene la obligación de efectuar preavisos o formalidades adicionales cuando la obra o la labor concluyen. Se entiende, dado el carácter temporal y definido que tiene la obra o labor a la cual se vinculará el trabajador, que las partes saben de antemano el momento en que terminará el contrato de trabajo.

Estos supuestos resultan concordantes con lo establecido en el literal d) del artículo 61 del CST, cuando establece como forma de terminación del contrato la finalización de la obra o labor contratada, y con lo dispuesto en el artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, y se señala que el valor de la indemnización por terminación unilateral sin justa causa, corresponde al tiempo faltante del lapso determinado por la duración de la obra o labor contratada sin que pueda ser inferior a quince (15) días.

Por ello entiende la Sala que un contrato de trabajo de duración definida por obra o labor determinada opera válidamente en la realidad, cuando existe como requisito previo e ineludible una obra o una labor de realización temporal o definida a la cual se vinculará el trabajador y que será la materia o causa del contrato de trabajo. Si ello no ocurre, el contrato que formalmente se pacte bajo la modalidad en estudio será un contrato de término indefinido de acuerdo con la presunción prevista en el artículo 47 del CST.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que este tipo de contratos se caracteriza porque la vigencia del vínculo no depende de la voluntad o

capricho del empleador, sino de la esencia del servicio, en cuanto va a durar tanto tiempo como se requiera para dar fin a la obra o labor que las partes determinaron e individualizaron en debida forma. Dice la Corte, que ante la falta de claridad de la obra o labor contratada se entiende que el contrato se celebra a término indefinido (sentencias SL 20718-2017, SL 2600-2018, SL 3282-2019 y SL1052-2022).

Por otra parte, la misma Corporación ha reiterado la que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley (SL3535-2015, SL 5262-2021, CSJ SL818-2022, entre otras).

En el presente asunto la parte actora considera que existió una vulneración de sus derechos laborales a cambiarse la modalidad contractual a término fijo para luego celebrarse por duración de la obra.

Al revisar el expediente se tiene que entre las partes inicialmente se celebró un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año a partir del 06 de mayo de 2006, donde el demandante se obligó a prestar el servicio como operador de bus articulado (*pág. 1 a 4, archivo "09ContestacionSi99"*). Pero pese a esa modalidad contractual, desde la misma suscripción el trabajador sabía con certeza que su vinculación era con ocasión y causa del Contrato de Concesión No.017 de 2003 suscrito entre la empresa demandada y Transmilenio S.A., así se desprende de la cláusula Decimaprimera donde se señaló que *"...2) El trabajador en forma expresa manifiesta conocer la existencia y contenido del contrato de concesión 017 del 2.003 suscrito entre EL EMPLEADOR y Transmilenio S.A. y se obliga a respetar todas las disposiciones que allí se encuentran contenidas, toda vez que el cumplimiento y ejecución de este contrato es la actividad esencial de EL EMPLEADOR y la causa de celebración de este contrato"*, cláusula que se mantuvo vigente en el tiempo y no fue objeto de modificación alguna.

Por ende, dada la libertad que cuenta el empleador para atender sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, podía modificar la modalidad contractual en el momento en que lo considerara conveniente, previo el cumplimiento de las formalidades, sin que tal circunstancia constituya una vulneración de los derechos del trabajador. En este caso, **CARLOS JULIO ESPINEL NIETO** era consiente que la duración de su empleo dependía de un todo del contrato de concesión.

Ahora, entre el empleador y el trabajador se celebró *otro si* el 26 de febrero de 2019, donde se cambió la modalidad contractual de término fijo a duración de la labor contratada (*pág. 18 a 20, archivo “09ContestacionSi99”*), documento que aparece firmado por el trabajador como constancia de aceptación de las nuevas condiciones laborales, sin que en el presente juicio se haya demostrado la existencia del algún vicio del consentimiento del demandante.

Sin embargo, se resalta que en la parte motiva de dicha modificación se hace mención a un contrato de concesión de fecha 19 de abril de 2000, diferente al contenido en el contrato de trabajo, por lo que en principio le asistiría razón al apoderado actor en este reproche porque la empresa sabía desde el año 2017 que el Contrato de Concesión 001 de abril de 2000 se terminaría el 30 de junio de 2019 y modificó el contrato del actor con el fin de aplicarle los efectos de finalización de una Concesión diferente para la cual había sido contratado. En efecto, se acredita que mediante Resolución 589 de 17 de noviembre de 2017, Transmilenio S.A. modificó unilateralmente el Contrato de Concesión 001 de abril de 2000, estableciendo como fecha límite de operación regular el 30 de junio de 2019 (*artículo cuarto, pág. 41, archivo “09ContestacionSi99”*) pero la empresa **SI 99** no demostró que se trataba de la misma Concesión y no hay relación ni noticia alguna que esa decisión unilateral de la administración también era extensiva al Contrato de Concesión No.017 de 2003.

Y aun cuando el empleador le notificó al actor, en comunicación del 30 de junio de 2019, que la vinculación finalizaba a partir de esa fecha en virtud de la terminación del Contrato de Concesión No.001 del 19 de abril de 2019, para la Sala esa decisión fue unilateral y sin justa causa por parte de **SI 99** al no acreditarse que para ese momento también había finalizado el Contrato de Concesión que dio origen a la vinculación de **CARLOS JULIO ESPINEL NIETO**.

Con todo, para poder impartir condena por la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo le correspondía la carga de la prueba al accionante de documentar la fecha de culminación del Contrato de Concesión No.017 de 2003, sin que obre medio de persuasión que la acredite, razón suficiente para confirmar la absolución por este concepto.

- **Sobre las costas y agencias en derecho.**

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.** por el monto fijado como costas y agencias en derecho del trámite de la primera instancia, debe precisar la Sala que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). Sin embargo, el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP. y no como recurso de apelación contra la sentencia que las haya impuesto, lo que descarta el planteamiento elevado en la alzada.

Sin costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.08-2014-00239-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por la parte **DEMANDANTE** y las demandadas **CORTAZAR GUTIÉRREZ LTDA, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV** y **PREVISORA S.A.** contra la sentencia del 30 de agosto de 2022, que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y **CORTAZAR GUTIÉRREZ LTDA** y **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.** integrantes del **CONSORCIO LUZ**, condenó a aquellas demandadas, y solidariamente a la **UAERMV**, al pago de salarios, prestaciones sociales, indemnización moratoria, a **LA PREVISORA S.A.** a asumir la condena impuesta a la **UAERMV** y en costas a todas las demandadas (min. 26:44 archivo “17GrabacionAudiencia20220818”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 17, 258 a 283 archivo “01ExpedienteDigital”)**

MIGUEL HERNANDO PARRA PRIETO y **EDER ANTONIO BECERRA** llamaron a juicio a **CORSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA, ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV** con el fin de que se declare la

existencia de un contrato entre aquellos y la **UAERMV** y la responsabilidad solidaria de **CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA** y **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.** como sociedades integrantes del **CONSORCIO LUZ**. Subsidiariamente, solicita se declare como empleador al **CONSORCIO LUZ** y la responsabilidad solidaria de la **UAERMV** y de **CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA** y **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.** En consecuencia, reclaman el pago de salarios insolutos, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa y costas.

Como fundamento fáctico, indicaron que **CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA** y **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.** conformaron el **CONSORCIO LUZ**, quien suscribió contrato No. 113 con la **UAERMV** el 10 de marzo de 2011 para ejecutar las obras de mantenimiento vial de la ciudad de Bogotá, suministrando personal para ello.

Dijeron, que fueron contratados laboralmente por el **CONSORCIO LUZ**, el demandante **MIGUEL HERNANDO PARRA PRIETO** entre el 22 de marzo de 2011 al 09 de agosto de 2012 y el demandante **EDER ANTONIO BECERRA** entre el 23 de agosto de 2012 al 21 de septiembre de 2012, para desempeñar el cargo de conductor, para la ejecución del contrato de obra civil No. 113, actividad que contribuía a la reparación, ampliación y mantenimiento de la malla vial de Bogotá, con una remuneración mensual de \$759.000.

Señalaron, que los automotores y los instrumentos de trabajo con los cuales realizaban la actividad contratada eran suministrados por **CONSORCIO LUZ** y eventualmente por la **UAERMV**, prestaban sus servicios de manera personal en un horario de ocho horas diarias de 7:00 a.m. a 4:00 p.m., registrando su entrada y salida en una planilla, seguían instrucciones y recibían llamados de atención por parte de representantes del Consorcio.

Aseguraron, que al finalizar la relación laboral el empleador quedó adeudando salarios, prestaciones sociales y vacaciones, nunca fueron afiliados al sistema de seguridad social y elevaron reclamación ante la **UAERMV** y ante las empresas que conforman el **CONSORCIO LUZ**.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La accionada **UAERMV** se opuso a la pretensión 4ª de la demanda, aceptó como ciertos los hechos contenidos en los numerales 1, 2 y 3 de cada uno de los demandantes, relativos a la conformación del **CONSORCIO LUZ**, la suscripción del contrato No. 113 y su naturaleza jurídica, dijo no ser ciertos o no constarle los demás y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación a cargo de la **UAERMV**, cobro de lo no debido, pago de la obligación, prescripción y la genérica (Pág. 77 a 105 archivo “01ExpedienteDigital”).

La Curadora *Ad Litem* de las demandadas **CORTAZAR GUTIÉRREZ LTDA** y **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.**, manifestó su oposición a los pedimentos de los actores y señaló no constarle ninguno de los hechos de la demanda. Para cimentar su defensa, invocó como excepciones de mérito prescripción y la genérica. (Pág. 255 a 256, 322 a 322 archivo “01ExpedienteDigital”).

En auto fechado 13 de noviembre de 2018 (Pág. 361 archivo “01ExpedienteDigital”) se admitió el llamamiento en garantía solicitado por la demandada **UAERMV** a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, sociedad que se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, aceptando como ciertos los hechos numerados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 22 y 30 del demandante **MIGUEL PARRA**; 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9 y 29 del accionante **EDER BARRERA** y; 1 y 3 del llamamiento. Invocó como excepciones las de ausencia de responsabilidad del Consorcio Luz y sus empresas integrantes en relación con el pago de salarios y prestaciones sociales, en tanto y en cuanto, el contrato de obra civil No. 113 de marzo 20 de 2011, se encuentra liquidado; inexistencia de obligación de la UAE de Rehabilitación y Mantenimiento Vial en relación con el pago de salarios y prestaciones sociales en tanto y en cuanto la entidad ya realizó los pagos; improcedencia de la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales y salarios en tanto y en cuanto no existió mala fe por parte de las demandadas; ineficacia del llamamiento en garantía en tanto y en cuanto la notificación del auto que admitió el llamamiento en garantía frente a La Previsora S.A. se hizo fuera del término legal;

ausencia de amparo de pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones laborales en tanto y en cuanto el contratista Consorcio Luz no se encuentra en estado de incumplimiento y; las genéricas. (Pág. 403 a 423 archivo “01ExpedienteDigital”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:50 archivo “17GrabacionAudiencia20220818”)

El 30 de agosto de 2023, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante MIGUEL HERNANDO PARRA PRIETO y las demandadas CORTÁZAR GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., sociedades integrantes del CONSORCIO LUZ existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor entre el 22 de marzo de 2011 al 09 de agosto de 2012, en vigencia del cual el demandante devengó un salario mensual de \$759.000 y se desempeñó en el cargo de conductor. SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante EDER ANTONIO BECERRA y las demandadas CORTÁZAR GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., sociedades integrantes del CONSORCIO LUZ existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor entre el 23 de agosto de 2012 al 21 de septiembre de 2012, en vigencia del cual el demandante devengó un salario mensual de \$759.000 y se desempeñó en el cargo de conductor. TERCERO: CONDENAR a las demandadas CORTÁZAR GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., sociedades integrantes del CONSORCIO LUZ y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV, al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero: a favor del demandante MIGUEL HERNANDO PARRA PRIETO: la suma de \$553.242 por saldo de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas y no pagadas y la suma de \$13.004.200 por indemnización moratoria prevista en el art. 65 del C.S.T. . En favor del demandante EDER ANTONIO BECERRA la suma de \$10.428.036 por saldo correspondiente a la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del C.S.T. CUARTO: CONDENAR a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a que asuma la condena impuesta a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV en esta providencia. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción y ausencia de amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales en tanto y en cuanto el contratista CONSORCIO LUZ no se encuentra en estado de incumplimiento, PARCIALMENTE PROBADA la excepción de pago de la obligación, y se releva el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos invocados. SEXTO: COSTAS a cargo de la parte demandada, liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de un millón de pesos. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si entre la demandada **UAERMV** y los demandantes **MIGUEL HERNANDO PARRA PRIETO** y **EDER ANTONIO BECERRA** existieron sendos contratos de trabajo entre el 22 de marzo de 2011 y el 09 de agosto de 2012 y entre el 23 de agosto de 2012 y el 21 de septiembre de 2012, respectivamente, y si en vigencia de dicha relación laboral las empresas **CORTAZAR GUTIERREZ LTDA** y **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.** actuaron en condición de simples intermediarias o si por el contrario, el empleador de los accionantes lo fueron dichas sociedades y si la **UAERMV** fue beneficiaria de los servicios prestados; que en caso de que cualquiera de los anteriores eventos resultara probado, determinar si las demandadas deben responder solidariamente por el pago de las acreencias solicitadas en la demanda, a saber: a favor del señor **MIGUEL PARRA** primas de servicio, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías causadas entre el 01 de enero al 09 de agosto de 2012, indemnización moratoria y 09 días de salarios dejados de pagar entre el 01 al 09 de agosto de 2012; y a favor de **EDER BECERRA** primas de servicio, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías causadas entre el 23 de agosto a 21 de septiembre de 2012, indemnización moratoria e indemnización por despido sin justa causa. En caso de resultar probada alguna condena en contra de la **UAERMV**, estudiar la eventual responsabilidad de **LA PREVISORA S.A.** en calidad de llamada en garantía.

Para resolver, la Juez indicó que del análisis de las pruebas, se comprobó que los demandantes fueron vinculados laboralmente por **CONSORCIO LUZ** mediante contratos de trabajo por la duración de la obra o labor determinada, extrayéndose los extremos que rigieron las relaciones laborales, con el señor **MIGUEL PARRA** del 22 de marzo de 2011 al 09 de agosto de 2012, y con el señor **EDER BECERRA** del 23 de agosto de 2012 al 21 de septiembre de 2012 y que entre el **CONSORCIO LUZ** y la **UAERMV** se celebró un contrato de obra civil para la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarios para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad, empero, tales contrataciones no demuestran la prestación del servicio de los demandantes en beneficio de la **UARMV**, por lo que no hay lugar a tener por probada la existencia

del contrato de trabajo, pues por el contrario, el material probatorio comprueba que el único y verdadero empleador lo fue **CONSORCIO LUZ**.

Acto seguido, procedió a liquidar las acreencias adeudadas, señalando que las demandadas no demostraron pago alguno por tales conceptos, concluyendo que al demandante **MIGUEL PARRA** se le adeuda la suma de \$1.437.420 por salarios, prestaciones sociales y vacaciones y al señor **EDER BECERRA** la suma de \$160.191 por prestaciones sociales y vacaciones, a lo que dedujo los pagos realizados por la **UAERMV** en virtud de la Resolución No. 491 del 23 de octubre de 20123, por lo que indicó que al demandante **EDER BECERRA** no se le adeuda ninguna suma de dinero, mientras que a favor de **MIGUEL PARRA** queda un saldo de \$553.242.

De otra parte, consideró que debe darse aplicación al artículo 65 CST, porque existió un retraso en el pago de las acreencias laborales desde la finalización de los contratos de trabajo y hasta el 13 de enero de 2014, fecha en la cual la **UAERMV** efectuó dichos pagos, liquidando la indemnización en la suma de \$13.0004.200 a favor de **MIGUEL PARRA** y de \$10.428.036 a favor de **EDER BECERRA**.

Con relación a la indemnización por despido injusto solicitada únicamente por el demandante **EDER BECERRA**, coligió que la relación laboral terminó por la finalización de la obra o labor contratada, causa legal prevista en el artículo 61 CST, por lo que no puede derivarse condena por ese concepto.

En lo que atañe a la responsabilidad solidaria entre **CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA** y **ASLFATOS LA HERRERA S.A.S.** y la **UAERMV**, manifestó que se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 34 CST para que opere la misma, en razón a que la labor contratada mediante contrato civil No. 113 no difiere de las actividades propias del objeto de la **UAERMV**, la labor para la cual fueron contratados los demandantes corresponde a una actividad conexa y/o complementaria del objeto contractual de dicho contrato civil y la ejecución de la obra siempre se encontró bajo la dirección y supervisión de la **UAERMV**, por lo que esta entidad como beneficiaria de la labor contratada se hace responsable

solidariamente con el contratista del pago de prestaciones, salarios e indemnizaciones.

Igualmente, dijo que hay lugar a condenar a **LA PREVISORA S.A.** en calidad de llamada en garantía, toda vez que la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 3000996, vigente del 11 de marzo de 2011 al 10 de marzo de 2015, amparó entre otros el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales y asimismo, establece que cubre a la asegurada **UAERMV** de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, en este caso **CONSORCIO LUZ**, derivadas de la contratación personal utilizada para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional.

Por último, señaló que las acreencias laborales no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo por no haber transcurrido el término trienal.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando que el despacho realizó una liquidación respecto del señor **EDER BECERRA** sin tener en cuenta lo manifestado en el numeral 22 del escrito de reforma, en el que se dijo que a ese demandante se le quedaron adeudando 28 días de salario comprendidos entre el 23 de agosto de 2012 al 21 de septiembre de 2012, lo que arrojaría un monto adeudado superior al establecido. Igualmente, dijo que conforme a la jurisprudencia de la CSJ, un pago parcial no es óbice para detener la indemnización moratoria, por cuanto la demandada aún sigue en deuda al no realizar el pago completo, por lo que no puede tenerse dicha situación como un acto de buena fe, además, que el único requisito para que la sanción moratoria se efectúe hasta el pago total de la obligación es que la demanda se haya interpuesto en los primeros 24 meses. Agregó, que el demandante **EDER BECERRA** tiene una demanda en el Juzgado 9 Laboral con las mismas partes, pero por extremos temporales distintos y la **UAERMV** imputó el mismo pago

a dos procesos diferentes con extremos temporales distintos. (min. 29:10 archivo “17GrabacionAudiencia20220818”).

A su vez, el apoderado de **ASFALTOS HERRERA S.A.S.** impugnó la decisión, en tanto el despacho omitió el estudio de fondo respecto a la prescripción de los derechos laborales, conforme al artículo 488 CST, en concordancia con el artículo 94 CGP, pues dicho fenómeno si operó, en tanto la demanda fue admitida el 19 de noviembre de 2015 y notificada a su representada el 17 de abril de 2018 a través de curador *ad litem* (min. 36:30 archivo “17GrabacionAudiencia20220818”).

A su turno, el apoderado de la **UAERMV** interpuso recurso de apelación por errónea apreciación de las pruebas respecto a la aplicación de la solidaridad del artículo 34 CST, en razón a que no se pueden comparar las actividades que desarrolla una Unidad Administrativa Especial que le fueron asignadas en una norma legal y una actividad legítima desarrollada por un contratista particular y porque es imposible desde el punto de vista fáctico y normativo que una Unidad Administrativa Especial sea beneficiaria o dueña de una obra, como la malla vial de Bogotá, ya que esa entidad solo la rehabilita y la mantiene, caso que si puede ocurrir con cualquier otra entidad pública, como lo es el caso de las empresas de servicios públicos, quien sería dueña de la red. Adicional, dijo que tampoco se puede hacer extensiva la indemnización moratoria a la cual fue condenada el consorcio por vía de solidaridad, habida cuenta que la CSJ ha señalado que dicha indemnización es una verdadera sanción y el artículo 34 CST habla solo de indemnización, más no de sanción, por lo que la aplicación de esa norma debe ser restrictiva (min. 37:51 archivo “17GrabacionAudiencia20220818”).

Por último, **PREVISORA S.A.** interpuso recurso de apelación, indicando que en su contestación excepcionó la ineficacia del llamamiento en garantía, habida cuenta que en el auto del 13 de noviembre de 2018 que admitió el llamamiento formulado por la **UAERMV** se advirtió por parte del despacho que si la notificación a esa entidad no se lograba dentro de los seis meses siguientes a la notificación de esa providencia, el llamamiento sería ineficaz, habiéndose notificado

a la **PREVISORA** del auto del 11 de octubre de 2019 mediante comunicación del 26 de febrero de 2020, providencia en la que si bien se dijo que la notificación era realizada por parte del despacho, lo cierto es que el término ya se encontraba vencido (min. 46:59 archivo “17GrabacionAudiencia20220818”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, los apoderados judiciales de la parte **DEMANDANTE**, de la **UAERMV** y de **LA PREVISORA S.A.** reiteraron los argumentos de la alzada. Las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello, le corresponde a la Sala determinar: **i)** la procedencia o no de ordenar en esta instancia el pago de los salarios insolutos a favor del demandante **EDER ANTONIO BECERRA**; **ii)** el monto de la condena por concepto de indemnización moratoria; **iii)** la procedencia de la declaratoria de la responsabilidad solidaria de la **UAERMV**, **iv)** la procedencia de declarar probada la excepción de ineficacia del llamamiento en garantía formulado por la **UAERMV** contra **LA PREVISORA S.A.**; **iv)** si hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados en aplicación analógica del artículo 94 CGP.

VII. CONSIDERACIONES

En esta instancia no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i)** entre el demandante **EDER ANTONIO BECERRA** y

las demandadas **CORTÁZAR GUTIERREZ LTDA** y **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.**, sociedades integrantes del **CONSORCIO LUZ** existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor vigente entre el 23 de agosto de 2012 al 21 de septiembre de 2012 (Pág. 21 archivo “01ExpedienteDigital”); **ii)** entre el demandante **MIGUEL HERNANDO PARRA PRIETO** y las demandadas **CORTÁZAR GUTIERREZ LTDA** y **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.**, sociedades integrantes del **CONSORCIO LUZ** existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor vigente entre el 22 de marzo de 2011 al 09 de agosto de 2012 (Pág. 19 archivo “01ExpedienteDigital”); **iii)** los demandantes se desempeñaron el cargo de conductores; **iv)** los demandantes devengaron como salario mensual la suma de \$759.000; **v)** entre la **UAERMV** y el **CONSORCIO LUZ** se celebró el contrato de obra civil No. 113 de 10 de marzo de 2011 (Pág. 32 a 42 archivo “01ExpedienteDigital”); **vi)** el día 13 de enero de 2014 la **UAERMV** canceló a favor del demandante **MIGUEL ANTONIO PARRA PRIETO** la suma de \$884.178 y a favor del demandante **EDER ANTONIO BECERRA** la suma de \$1.673.755 por concepto de salarios y prestaciones sociales adeudadas por **CONSORCIO LUZ** (Pág. 197 a 204 archivo “01ExpedienteDigital”); **vii)** el **CONSORCIO LUZ** tomó la póliza única a favor de entidades estatales 3000996 de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, en la cual se aseguró y se designó como beneficiaria a la **UAERMV** ante el riesgo en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales con ocasión del Contrato 113 de 2011 (Pág. 431 a 451 archivo “01ExpedienteDigital”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y **CORTAZAR GUTIÉRREZ LTDA** y **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.** integrantes del **CONSORCIO LUZ**, condenó a aquellas demandadas y solidariamente a la **UAERMV** al pago de salarios, prestaciones sociales, indemnización moratoria y a **LA PREVISORA S.A.** a asumir la condena impuesta a la **UAERMV**. La parte **DEMANDANTE** y las demandadas **CORTAZAR GUTIÉRREZ LTDA**, **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV** y **PREVISORA S.A.** impugnaron la anterior decisión.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, de la siguiente manera.

- **Salarios insolutos a favor del demandante EDER ANTONIO BECERRA.**

Verificados los escritos de demanda y reforma, se advierte que en efecto, como lo afirma el apelante, en el supuesto fáctico No. 22 del acápite denominado “*HECHOS DEL SEÑOR EDER ANTONIO BECERRA*” se dijo que “*Al terminar el contrato de trabajo el empleador no le pagó 28 días de salario comprendidos entre el 23 de agosto del 2012 al 21 de septiembre de 2012...*”; no obstante, dentro de las pretensiones condenatorias el actor tan solo reclamó el pago de primas de servicio, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías causadas durante dicho intervalo de tiempo (Pág. 3 a 17, 258 a 283 archivo “*01ExpedienteDigital*”).

También es cierto que la juez de primera instancia no se pronunció frente al pago de los salarios insolutos a favor de aquel demandante, pero ello fue así, en tanto al no haber formulado la parte actora pretensión en tal sentido, ese aspecto no fue incluido en la fijación del litigio.

Ahora, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 50 CPTSS, por regla general, a este Tribunal no le es factible pronunciarse por fuera o más allá de lo pedido (extra y ultra *petita*), pues tales facultades, en material laboral, están reservadas por la ley a los jueces de única y de primera instancia, salvo cuando: **i)** involucre derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, **ii)** los hechos hayan sido discutidos en el juicio, y **iii)** estén debidamente probados (sentencias CC C-968-2003 y CSJ SL5863-2014 y CSJ SL2808-2018, reiteradas en las SL3144-2021, SL2014-2023 y SL2384-2023).

Bajo esa óptica, en este caso específico esta Sala sí se encuentra habilitada para fallar frente a tal pretensión que no fuere explícitamente incluida en las pretensiones del libelo gestor, pues en primer lugar no existe duda frente a la existencia de la relación laboral, ni de los extremos

que la rigieron; aunado, la liquidación proporcional por concepto de salarios y prestaciones sociales del señor **EDER ANTONIO BECERRA PATIÑO** por valor de \$1.673.755 fue incluida dentro de las acreencias laborales adeudadas y presentadas por **CONSORCIO LUZ** ante la declaratoria de incumplimiento parcial del Contrato de obra No. 113 adoptada por la **UAEMRV** en Resolución 491 de 2012 (Pág. 194 archivo “01ExpedienteDigital”), circunstancia que notoriamente demuestra el impago de tal emolumento por parte del empleador y, adicional, la pasiva contó con la oportunidad de controvertir el fundamento fáctico que sirvió de soporte para dicho pedimento (hecho 22).

En consecuencia, y como no se advierte que el empleador hubiere sufragado tal acreencia laboral, se adicionará la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la accionada al reconocimiento y pago en favor del demandante **EDER ANTONIO BECERRA** de la suma de \$733.700, por concepto de salarios causados y no pagados entre el 23 de agosto al 21 de septiembre de 2012, como se observa en la siguiente tabla:

SALARIOS ADEUDADOS				
DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	TOTAL
23/08/2012	21/09/2012	29	\$759.000	\$733.700

- **Indemnización moratoria.**

Como quiera que no fue objeto de reproche la procedencia de la aplicación del artículo 65 CST, y por ende, de sancionar al empleador al pago de la indemnización moratoria, en virtud del principio de consonancia del artículo 66A CPTSS, este Tribunal se limitará al estudio del monto de la condena impuesta por este concepto, como quiera que el apelante alega que el pago parcial de las acreencias laborales adeudadas no detiene la indemnización moratoria y tampoco constituye un eximente de mala fe.

Pues bien, en el presente asunto, la Juez de primer grado condenó al pago de la indemnización moratoria al no acreditar ninguna causal justificativa de la omisión del empleador en el pago de los salarios y prestaciones sociales reclamados, sin embargo, limitó su reconocimiento

a la fecha en la cual se efectuó el pago del abono por parte de la **UAERMV**.

Tal postura no es de recibo de esta Sala, por cuanto resulta que visto el expediente se observa que una vez se ordenó la liquidación del contrato No. 113 de 2011, por el incumplimiento del **CONSORCIO LUZ** por la Resoluciones 491 de 2012 y 522 de 2012, en el Acta de liquidación 039 de 2013 se determinó el monto total adeudado a los dos demandantes por concepto de salarios, prestaciones sociales y seguridad social, así: \$1.934.234 a favor de **MIGUEL PARRA** y \$3.015.924 a favor de **EDER BECERRA** (Pág. 142 a 143 a archivo “01ExpedienteDigitalizado”), siendo que tan solo se pagó a favor del primero la suma de \$884.178 y del segundo la suma de \$1.673.755 (Pág. 197 a 204 archivo “01ExpedienteDigital”), por lo cual, no hay manera de inferir que el empleador hubiese considerado haber saldado lo debido con los pagos realizados con posterioridad y que resultan inferiores a los montos adeudados, que desde mucho antes ya habían sido fijados.

Adicionalmente, se tiene que el **CONSORCIO LUZ**, dando cumplimiento a la Resolución 491 de 2012, destinó el saldo pendiente de pago que le adeudaba la **UAERMV** a la satisfacción parcial de las deudas laborales y aportes a seguridad social, motivo por el cual dicho empleador conocía que solamente se iba a hacer un pago parcial de lo adeudado, pese lo cual no realizó gestiones tendientes al pago del saldo ni acudió a los instrumentos legales dispuestos para las situaciones de cesación de pagos o iliquidez; situación que solo ocurrió hasta el 26 de marzo de 2014, cuando se inscribió en el registro mercantil de una de las sociedades consorciadas el Auto 400-002634 del 21 de febrero de 2014 de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, por el cual se ordenó la liquidación judicial de **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** (Pág. 40 a 45 archivo “02ExpedienteDigital”), siendo que la otra sociedad **CORTAZAR & GUTIÉRREZ LTDA.** no registra ninguna novedad relativa a un ingreso a proceso de reorganización o liquidación.

Así las cosas, si bien en el presente asunto se acreditó que una persona distinta al empleador realizó el pago parcial de acreencias

laborales en cumplimiento de un acto administrativo y que solo una de las sociedades consorciadas ingresó en un proceso de liquidación judicial, lo cierto es que la anterior circunstancias acredita que por lo menos desde el 26 de marzo de 2014, el **CONSORCIO LUZ** se encontraba en graves condiciones económicas, por cuanto por lo menos la sociedad con el 50% de su participación ingresó en liquidación judicial, motivo por el cual conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, que señala que la imposibilidad de pago por iliquidez conlleva a no imponer condena, se tendrá la precitada fecha como límite de la indemnización decretada en primera instancia y no la fecha del abono a los demandantes.

En consecuencia, la condena a la indemnización moratoria a favor del demandante **MIGUEL HERNANDO PARRA PRIETO**, se liquidará a razón de un (1) día de salario por los días causados entre el 10 de agosto de 2012 y el 26 de marzo de 2014; por su parte, para el demandante **EDER ANTONIO BECERRA**, la precitada condena se liquidará a razón de un (1) días de salario por los días causados del 22 de septiembre de 2012 al 26 de marzo de 2014. Dichas condenas ascienden a las siguientes sumas:

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 65 CST						
DEMANDANTE	DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	SALARIO D.	VR. INDEM.
MIGUEL HERNANDO PARRA	10/08/2012	26/03/2014	593	\$ 759.000	\$ 25.300	\$ 15.002.900
EDER ANTONIO BECERRA	22/09/2012	26/03/2014	550	\$ 759.000	\$ 25.300	\$ 13.915.000
TOTAL						\$ 43.913.940

- **Responsabilidad solidaria de la demandada UAERMV conforme el artículo 34 CST.**

El artículo 34 del CST consagró que será un verdadero empleador el contratista independiente, definiendo al mismo como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos y su realización con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Adicionalmente, el precitado artículo estableció que, si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, salvo cuando

la labor de los trabajadores del contratista sea extraña a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho aquellos trabajadores.

La H CSJ indicó en la sentencia Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, que no basta para el surgimiento de la precitada responsabilidad solidaria que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, por cuanto debe demostrarse que el servicio corresponde a una función propia de las actividades del contratante, vinculada directamente con su objeto económico, esto es, que haga parte del giro ordinario de sus negocios. Por su parte, en la sentencia con radicación No. 39.000 del 26 de marzo de 2014, la H. CSJ indicó que no basta considerar el objeto social del contratista y el beneficiario, por cuanto debe analizarse si la actividad del trabajador puede catalogarse en el giro ordinario de los negocios del contratante, por cuanto si se trata de actividades ajenas a las que explota el dueño de la obra se desvirtúa la responsabilidad solidaria, tal y como reitero la Corporación en sentencias SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras.

En el caso de marras, nos remitimos al Acuerdo Distrital 10 del 12 de octubre de 2010, norma que dispuso como objeto de la **UAERMV** programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar la rehabilitación y el mantenimiento periódico de la mal vial local de Bogotá y la atención del mantenimiento periódico de todo el subsistema de la malla vial cuando se presenten situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en el Distrito Capital.

Por su parte, el objeto del contrato de obra No. 113 de 2011, suscrito entre la **UAERMV** y el **CONSORCIO LUZ** fue que el contratista se obligara para con la Unidad a ejecutar actividades operativas y administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de dicha Entidad (Pág. 32 a 42 archivo “01ExpedienteDigital”).

La naturaleza y alcance de las actividades fueron precisadas en las pruebas testimoniales practicadas. Es así como los deponentes fueron

contestes en indicar que los señores **MIGUEL PARRA** y **EDER BECERRA** fueron contratados por el **CONSORCIO LUZ** para conducir volquetas destinadas al mantenimiento de las vías de Bogotá D.C., actividad que se hacía para la **UAERMV** y bajo la supervisión y dirección de ésta, adicionalmente que portaban uniformes de color naranja con las iniciales de esa Unidad y que los automotores conducidos tenían su logotipo.

Así entonces, conforme las pruebas documentales y testimoniales practicadas, se puede concluir de forma razonable que las actividades desarrolladas por los demandantes como trabajadores del **CONSORCIO LUZ**, contratista de la **UAERMV**, lo fueron para el desarrollo de obras de rehabilitación y mantenimiento vial de la malla vial local a cargo de la **UAERMV**, por tanto, a pesar de que tales obras no representaban ingresos económicos para la Unidad, lo cierto es que eran para cumplir el objeto misional de dicha entidad, y en ese sentido, el realizar obras en dichas vías no era un hecho ajeno a las funciones propias del contratante, al punto que la actividad coincidía con el fin o propósito de la **UAERMV**.

Corolario, se confirmará la condena de la declaratoria de la responsabilidad solidaria de dicha Entidad frente al pago de prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones, aclarándose que no es de recibo el argumento del apelante demandado, en cuanto que la responsabilidad solidaria no debe hacerse extensiva al pago de la condena por concepto de indemnización moratoria, pues es el artículo 34 CST endilga la misma al beneficiario del trabajo, como lo es en este caso la **UAERMV**, *“por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores...”*, sin que se encuentra excluida la indemnización por mora.

Toda vez que se confirmará la responsabilidad solidaria de la **UAERMV**, procede la Sala a resolver el reparo de la apelante **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, sin que sobre aclarar que, la posibilidad o no de dicha Unidad de realizar su objeto misional con o sin recurrir a terceros contratistas en nada afecta la declaratoria de responsabilidad por cuanto lo que origina la misma es la

correspondencia entre las actividades desarrolladas por los trabajadores del contratista con el giro ordinario de las actividades propias de objeto de la Unidad Administrativa contratante.

- **Excepción de ineficacia del llamamiento en garantía.**

El artículo 64 CGP consagró la figura del llamamiento de garantía, a favor de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio o el reembolso total o parcial del pago que haga como resultado de la sentencia en el proceso que promueva o se le promueva, o que según la ley sustancia tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. Por su parte, el artículo 65 CGP indica expresamente que la demanda por la cual se llame en garantía debe cumplir los requisitos exigidos en el artículo 82 CGP y demás normas aplicables, a su vez, el artículo 66 CGP establece el trámite del llamamiento en garantía. Y, el artículo 66 *ibidem* nos enseña que si el juez encuentra procedente la solicitud ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado por el término de la demanda inicial, quien podrá contestar la demanda y el llamamiento en un mismo escrito y pedir las pruebas que pretenda hacer valer, aclarando que si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz.

En el caso que aquí nos ocupa, se tiene que en auto fechado del 13 de noviembre de 2018, notificado por estado No. 180 del 14 de noviembre de 2018, se admitió el llamamiento en garantía solicitado por la demandada **UAERMV a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, ordenándose a la Unidad notificar personalmente dicha providencia a la llamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 CPT, en concordancia con el artículo 29 *ibidem*, advirtiéndole que si la notificación no se lograba dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación por estado de ese auto, el llamamiento sería ineficaz (Pág. 361 archivo “01ExpedienteDigital”).

Con posterioridad, se profirió el auto de fecha 11 de octubre de 2019, en el cual se consideró que la notificación a la llamada en garantía no se había materializado por la Secretaría, por lo que ordenó la notificación de

ese proveído a la llamada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** por parte del despacho, conforme lo prevé el Parágrafo Único del artículo 41 CPTSS (Pág. 396 a 397 archivo “01ExpedienteDigital”).

Así entonces, el 26 de febrero de 2020 se realizó por parte de la Secretaría del Juzgado la notificación por aviso al representante legal de la convocada (Pág. 402 archivo “01ExpedienteDigital”).

En ese orden de ideas, y en vista de que el *a quo* consideró procedente el llamamiento en garantía de **LA PREVISORA S.A.**, en virtud de la naturaleza jurídica de la convocada, la Secretaría, a través de su notificador, debía proceder con la notificación de ésta, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 41 CPTSS, siendo su obligación la notificación personal al representante legal de la entidad, o en su defecto, la entrega en la oficina de correspondencia de la copia de la demanda y del auto admisorio, circunstancia que el Juzgado solo corrigió a través de auto del 11 de octubre de 2019, procediendo en tal sentido el 26 de febrero de 2020, esto es, dentro de los seis meses siguientes.

Razones suficientes las expuestas para no hallar probado este medio exceptivo y prohijar la condena impuesta a la llamada en garantía **LA PREVISORA S.A.**

- **Excepción de prescripción.**

Los artículos 488 y 489 CST consagraron que la prescripción de la acción para reclamar los derechos laborales se configura en un lapso de tres (3) años, contados desde el momento en que la respectiva obligación se hizo exigible, término que puede ser interrumpido por una sola vez con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, caso en el cual el término iniciará a contarse nuevamente desde la fecha del reclamo. Las anteriores disposiciones fueron reiteradas en el artículo 151 CPTSS.

Así mismo, el artículo 94 CGP, norma aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del CPL y de la SS, dispone que “*La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de*

aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado”.

Al efecto y sobre la aplicación de esta norma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido ocasión de pronunciarse para definir que la prescripción de las acciones laborales puede interrumpirse a través de dos mecanismos diferentes pero no excluyentes, a saber: **i)** extrajudicialmente, mediante la presentación del simple reclamo escrito por parte del trabajador al empleador sobre un derecho determinado; y **ii)** con la presentación de la demanda en los términos que señala el artículo 90 CPC (hoy 94 CGP). Dice la Corte que para resolver sobre la eficacia o ineficacia de la interrupción prevista en el artículo 94 CGP, es pertinente tener en cuenta lo definido por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2009, pues debe evaluarse el actuar diligente de la parte demandante en cuanto puede ocurrir, que por razones ajenas o no imputables a dicha parte, pierda la posibilidad de exigir su derecho (sentencia CSJ SL 5159-2020).

En el *sub examine*, los contratos de trabajo existentes entre las partes culminaron los días 09 de agosto y 21 de septiembre de 2012 y la demanda fue presentada el 31 de marzo de 2014 (Pág. 43 archivo “01ExpedienteDigital”), admitida mediante auto del 19 de noviembre de 2015, que fue notificado al extremo actor por estado del 20 de noviembre de 2015 (Pág. 73 a 74 archivo “01ExpedienteDigital”). Por consiguiente, y en los términos de la norma referida, la parte demandante tenía hasta el 20 de noviembre de 2016 para notificar la demanda a las sociedades demandadas, si pretendía interrumpir el término prescriptivo con la presentación de la demanda.

De las actuaciones siguientes, conforme la revisión del expediente y una vez consultado el proceso en la página web de la RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO (<https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/NumeroRadica cion>), se advierte que el 17 de febrero de 2016 se elaboró el citatorio de notificación al representante legal de **CONSORCIO LUZ** integrado por

CORTAZAR GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. (Pág. 75 archivo “01ExpedienteDigital”) y el 27 de junio de 2016 se radicó memorial con el citatorio tramitado con resultado negativo; no obstante, solo hasta el 31 de enero de 2017 el juzgado dispuso el emplazamiento de las demandadas, indicando que la designación de curador *ad litem* se dispondría una vez la parte actora acreditara la publicación del mismo y durante 15 días se haya publicado en el Registro nacional de Personas Emplazadas (Pág. 245 archivo “01ExpedienteDigital”), nombramiento que se ordenó en proveído del 20 de marzo de 2018 (Pág. 252 archivo “01ExpedienteDigital”), finalmente realizándose la notificación personal del defensor de oficio el 17 de abril de 2018 (Pág. 254 archivo “01ExpedienteDigital”).

Del análisis realizado en precedencia, para la Sala el término transcurrido sin que se surtiera la notificación a las demandadas no puede atribuirse al demandante, pues es claro que dentro del año siguiente a la notificación por estado del auto admisorio, la parte interesada tramitó el citatorio respectivo, siendo que si la notificación del curador *ad litem* se dio hasta el año 2018, tal situación obedeció a la decisión que en su momento adoptó el Juzgado de condicionar la designación del mismo al vencimiento de la publicación del emplazamiento en el Registro Nacional de Personas Emplazadas.

Así las cosas, la parte demandante si interrumpió el término de prescripción con la presentación de la demanda y por ello no operó la excepción propuesta por la parte demandada, pues entre la finalización de las relaciones laborales y la interposición de la demanda no transcurrió el término trienal previsto en los artículos 488 y 489 CST y si bien la notificación del defensor de oficio de las sociedades integrantes del **CONSORCIO LUZ** ocurrió más de un año después al auto admisorio, en este caso se evidenció el actuar diligente del extremo demandante, por lo que no puede verse menguado su derecho.

Así las cosas, se agota la competencia en esta instancia por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por la

parte actora y lo que se sigue es la modificación de la sentencia en los términos anteriormente expuestos.

Sin costas en la instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a las demandadas **CORTÁZAR GUTIERREZ LTDA** y **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.**, sociedades integrantes del **CONSORCIO LUZ** y solidariamente a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV**, al reconocimiento y pago a favor del demandante **EDER ANTONIO BECERRA** de la suma de \$733.700 por concepto de salarios insolutos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer la suma de \$15.002.900 como valor de la indemnización moratoria en favor de **MIGUEL HERNANDO PARRA PRIETO**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer la suma de \$13.915.000 como valor de la indemnización moratoria en favor de **EDER ANTONIO BECERRA**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER ROS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08-2022-00540-01-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 17 de agosto de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 48:20 archivo “15ActaAudiencia20231708”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 11 archivo “02DemandaPruebas”).**

HENRY ADOLFO CURREA CARRILLO solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que inició sus aportes a pensión en el RPM, trasladándose al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el 20 de mayo de 2003, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, por lo que solicitó ante las demandadas solicitud de retorno al RPM, peticiones que fueron denegadas.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación del demandante al RPM y la reclamación administrativa presentada, expresó que no eran ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y derecho por falta de causa y título para pedir (Pág. 2 a 10 archivo “05ContestacionColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó la afiliación del demandante al RAIS, indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de 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 justa causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas (Pág. 3 a 22 archivo “08ContestaciónPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 48:20 archivo “15ActaAudiencia20231708”).

El 17 de agosto de 2023, el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor HENRY ADOLFO CURREA CARRILLO realizado de régimen de prima media al RAIS a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor HENRY ADOLFO CURREA CARRILLO. TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor HENRY ADOLFO CURREA CARRILLO, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y realizar todos los ajustes en la historia pensional de la actora. QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 de pesos. SEXTO: Como

quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a través de su afiliación a **PORVENIR** el día de mayo de 2023, declarando que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPM y como en consecuencia, si es procedente condenar a **PORVENIR** a devolver a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que se encuentren en la CAI del demandante, ordenándole a **COLPENSIONES** a recibir dichas sumas de dinero y a actualizar la historia laboral.

Para resolver, la Juez indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, las AFP deben informar de manera completa sobre las ventajas y desventajas para que el usuario tenga todas las herramientas para llevar a cabo una afiliación libre. Consiente y voluntaria, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubieran satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** pide sea revocada la sentencia de primera instancia, tras considerar que no hay lugar a devolver los gastos de administración, así como tampoco de primas de seguro previsional, ya que son de origen legal, asimismo, por lo que su descuento no fue realizado de manera caprichosa por parte de esa administradora, además, que tales gastos son destinados al funcionamiento de sus aportes; agregó, que resulta improcedente la indexación de los valores a devolver y el pago de ese concepto representaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES** y tampoco hay lugar a la imposición de costas (min. 38:24 archivo “15ActaAudiencia20231708”).

La demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación contra la decisión de primer grado, argumentando que no se puede exigir el suministro de una prueba que para el tiempo de la afiliación no era obligatoria, que la demandante no se encuentra dentro del límite temporal para trasladarse de régimen y tampoco es beneficiaria del régimen de transición, igualmente, dijo que la afiliación al RAIS se realizó bajo el cumplimiento de la ley y que esa entidad fue un tercero de buena fe (min. 45:28 archivo “15ActaAudiencia20231708”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR S.A** solicitó revocar el fallo y absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas en su contra, reiterando los argumentos de la alzada.

Por su parte, la firma U.T. DEFENSA PENSIONES, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder a la Doctora Lizeth Daniela Lozano Rojas, identificada con CC 1.117.486.822 y TP 376.971 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo.

Por último, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** pidió la confirmación del fallo de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de

apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución indexada de los valores descontados durante su permanencia en la AFP y de la condena en costas, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **HENRY ADOLFO CURREA CARRILLO** se afilió al ISS; **ii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 01855715 del 20 de mayo de 2003, efectivo a partir del 01 de julio de 2003, AFP donde se encuentra actualmente vinculado (Pág. 75 a 115 archivo “08ContestacionPorvenir”); **iii)** el demandante elevó solicitud a **COLPENSIONES** para retornar al RPM, petición que fue negada (Pág. 55, 61 a 62 archivo “02DemandaPruebas”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y

voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de

asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP,

esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque siempre se le aseguró que el ISS estaba en riesgo de desaparecer y que tendría mejores condiciones en el RAIS a las que tenía en el RPM, manifestación que no beneficia a la **AFP DEMANDADA**, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del

cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal

porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de la apoderada de **PORVENIR** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Por las anteriores consideraciones, la Sala prohiará la decisión de primer grado. No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de 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

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HENRY CURREA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2022 00540 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 09-2018-00185-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 11 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró probada parcialmente la excepción de pago, condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por no pago de intereses a las cesantías, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, aportes a seguridad social, y costas (*min.00:17:03, archivo “24Audiencia”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARTIN PERDOMO LOZANO llamó a juicio a **ART CONDOMINIOS S.A.S.** el fin de que se declare la existencia de un vínculo laboral desde el 1° de septiembre de 2015; en consecuencia, se condene al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por no pago de intereses a las cesantías, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, prima de servicios, vacaciones, sanción por no afiliación a seguridad social, pago de aportes y costas.

Como fundamento fáctico indicó que labora al servicio del **ART CONDOMINIO S.A.S.** desde el 1° de septiembre de 2015 mediante la suscripción de contrato verbal celebrado con Carlos Augusto Guerrero Oviedo, suplente del Gerente la empresa demandada, para desempeñar el cargo de vigilante en el edificio denominado Art Hotel Propiedad Horizontal que se encuentra en construcción por parte de **ART CONDOMINIO S.A.S.**; que se pactó como salario la suma de \$900.000; que para que cumplir la labor el empleador le dispuso de una habitación en el mismo edificio; que el día 31 de octubre de 2015 sufrió un accidente laboral en su lugar de trabajo, producto del cual ha perdido movilidad en el brazo derecho y ha venido siendo incapacitado por parte de la EPS SALUD TOTAL; que el empleador no le pago seguridad social y le daba \$50.000, además del salario, para pagar sus servicios de salud; que a partir de noviembre de 2017, no le ha reconocido los salarios y que pese a estar incapacitado, la empresa le ha solicitado que desaloje la habitación que le había sido asignada (pág. 30 a 37, archivo “01DemandaAnexosActaReparto...”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

Mediante auto del 11 de marzo de 2019, se ordenó el emplazamiento de la sociedad **ART CONDOMINIOS S.A.S.** (pág. 64, archivo “01DemandaAnexosActaRepartoAutoAdmisorioTramiteNot...”) y en providencia del 7 de junio de 2019 se nombró como curador ad litem (pág. 70, archivo “01DemandaAnexosActaRepartoAutoAd...”) quien contestó la demanda indicando que no tenía suficientes elementos para pronunciarse frente a las pretensiones. Respecto de los hechos señaló que no eran ciertos o no le costaban (pág. 74 a 78, archivo “01DemandaAnexosActaRepartoAutoAd...”).

El 12 de enero de 2021, Carlos Guerrero Oviedo, representante legal de la sociedad **ART CONDOMINIOS S.A.S.** confirió poder como su apoderada judicial a la misma profesional que venía ejerciendo como curadora ad-litem (pág. 81, archivo

“01DemandaAnexosActaRepartoAutoAdmisorioTramiteNotificacionEmplazamientoInncidenteNulidad”) quien presentó incidente de nulidad por indebida notificación (pág. 89 a 96, archivo *“01DemandaAnexosActaRepartoAutoAdmisorioTramiteNotificacionEmplazamientoInncidenteNulidad”*), petición que fue negada en audiencia del 25 de enero de 2021, donde además se concedió amparo de pobreza a favor del actor (*min 13:19, archivo “03ActaAudiencia”*), providencia que una vez recurrida en apelación, fue confirmada por esta Corporación en decisión del 30 de junio de 2021 (pág. 27 a 33, archivo *“06ExpedienteTribunal”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.00:17:03, archivo “24Audiencia”)

El 11 de noviembre de 2022, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) “PRIMERO. DECLARAR parcial y oficiosamente probada la excepción de pago, de conformidad con lo expuesto. SEGUNDO. CONDENAR a la sociedad Art. Condominios S.A.S. a pagar al señor Martín Perdomo Lozano la suma de \$18.088.750 por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, indemnización por no pago de intereses a las cesantías y sanción por no consignación de las cesantías. TERCERO. CONDENAR a la sociedad Art. Condominios S.A.S. a pagar los aportes al sistema integral de seguridad social por el contrato de trabajo que sostuvo con el demandante desde el 1° de agosto de 2015 hasta el 31 de octubre de 2017. Lo anterior, teniendo como salario el valor de \$900.000 para el 2015 y 2016, y \$963.000 para el año 2017. CUARTO. ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones instauradas en su contra. QUINTO. COSTAS. Las costas serán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1.800.000, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de este fallo (...).”

Como sustento de la decisión la Juez encontró acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes y conforme con los comprobantes de egreso de la sociedad ART Condominio SAS y demás

desprendibles de pago, pruebas que fueron aportadas por la demandada y no fueron tachadas o desconocidas, se acredita que Claribel Palacios actuó en representación de la sociedad **ART CONDOMINIO S.A.S.**, que el salario de la parte actora para los años 2015 y 2016 fue de \$900.000 y que en el 2017 tenía un salario de \$967.000; además que el testigo de Manuel Cabezas indicó que la parte actora era el vigilante del edificio y tenía subordinación respecto de Carlos Guerrero Oviedo, representante legal de la sociedad demandada, por lo que dedujo que era procedente acceder de manera parcial a las condenas propuestas puesto que el total de las obligaciones ascendía a la suma de \$24.117.750 y se acredita una erogación por \$6.029.000, por lo que ordenó pagar el valor de \$18.088.750 por concepto de acreencias laborales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia de primera instancia. Manifestó su desacuerdo frente a la liquidación de la sanción del artículo 99 al considerar que se debió tener como ingreso base de liquidación se cesantías de los años 2015 y 2016 los salarios de esas fechas; además, que como al momento en que se terminó el contrato de trabajo el empleador no estaba a paz y salvo por sus obligaciones, se debe conceder la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ordenar la realización del cálculo actuarial para el pago de prestaciones sociales y la indexación en caso de que no proceda la mora (*min.00:18:19, archivo "24Audiencia"*).

La apoderada de la parte demandada presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria total de la sentencia indicando que la relación laboral en ningún momento se celebró con la sociedad demandada, sino que la verdadera empleadora fue Claribel Palacios a quien la parte actora prestaba de manera personal y subordinada sus servicios (*min.00:24:27, archivo "24Audiencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de las partes reiteraron los argumentos elevados en la alzada. El representante legal de **ART CONDOMINIOS S.A.S.** nombró nueva apoderada judicial y revocó el poder a quien representaba sus intereses en este juicio. En tal sentido se admite la revocatoria de poder y se reconoce como apoderada de dicha sociedad a la doctora Yaqueline Galeano, identificada con C.C. No.52.060.208 y T.P. No.291.059 del CSJ.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

En correo del 26 de mayo de 2023, la apoderada de **ART CONDOMINIOS S.A.S.** presentó incidente de nulidad aduciendo indebida representación (*pág. 15 a 19, archivo “06IncidenteNulidad”*). Al respecto, la Sala rechaza de plano dicha solicitud, en cumplimiento del párrafo del artículo 132 y el artículo 136 del Código General del Proceso en la medida en que el representante legal de la persona jurídica presuntamente afectada actuó en el trámite del proceso desde el 25 de enero de 2021, sin que en ninguno de las etapas subsiguientes haya manifestado inconformidad alguna y, además, cualquier irregularidad generada con la actuación de la curadora ad-litem, quien luego fue nombrada como apoderada judicial de **ART CONDOMINIOS S.A.S.** y actuó en tal condición, incluso en la etapa de alegaciones en esta instancia, quedó saneada

Por tal razón, verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si existió un contrato laboral entre el demandante y **ART CONDOMINIOS S.A.S.**, la procedencia de la indemnización moratoria, el valor de la sanción por no consignación

de cesantías a un fondo, el cálculo actuarial por la omisión de cotizaciones a pensión y de manera subsidiaria la indexación de los valores a reconocer, conforme con lo alegado en los recursos de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

- Acerca del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.

El artículo 53 Constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST indicó que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 del CST consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como

la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL4444-2019, entre otras.

CASO EN CONCRETO

Bajo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala revocará la decisión de primera instancia que declaró la existencia del contrato de trabajo y condenó a la empresa demandada al pago de acreencias laborales, pues revisado el material probatorio allegado y recaudado en el juicio, contrario a lo afirmado por el *a quo*, se concluye que el demandante no demostró haber prestado servicios personales a favor de **ART CONDOMINIOS S.A.S.**, razón por la cual no opera la presunción legal del elemento subordinación, como indiciario de la existencia de un contrato de trabajo.

Para llegar a la anterior conclusión se observa que en audiencia celebrada el 21 de julio de 2022 se recaudó el interrogatorio al representante legal de la demandada, Carlos Guerrero Oviedo, (*min. 08:098, archivo “15AudienciaParteUno”*), quien sobre el particular no se desprende confesión alguna y, al contrario, se sostuvo en señalar que la relación laboral no fue con la empresa sino con Claribeth Palacios “*a la cual yo le tenía arrendado un área en un edificio que está situado en la calle 95, número 12-14*”, y aunque conoció la prestación del servicio que realizó el actor, de su declaración no hay forma de establecer que la misma fue a favor de la compañía hoy accionada.

En audiencia del 25 de agosto de 2022, se recepcionó el testimonio de Edgar Bernardo Pulido Bulla (*min. 6:12, archivo*

“19AudienciaParteUno”), quien manifestó conocer que Martin Perdomo Lozano prestaba los servicios como vigilante en un edificio, sin embargo, al indagársele dónde quedaba ubicado ese inmueble fue enfático en advertir que era en la Carrera 30 con Calle 53 en el barrio Nicolas de Federman, contrario a lo sostenido por el propio demandante quien desde el inicio ha reclamado que la prestación ocurrió en el edificio denominado ART Hotel Propiedad Horizontal ubicado en la Calle 95 No.12-14, luego ante ese escenario contradictorio es evidente que no se puede dar validez a dicha declaración, ante la falta de eficacia y certeza para narrar la ubicación espacio temporal de la relación laboral que se reclama en la demanda.

En la misma audiencia, se recepcionó el testimonio de Manuel Antonio Cabezas (*min. 00:06, archivo “20AudienciaParteDos”*), y en su declaración manifestó que trabajaba al frente del edificio donde prestaba servicio como vigilante Martin Perdomo Lozano, que eso quedaba en la Calle 12 con 95, que el dueño de la firma era Carlos Guerrero y el demandante se lo presentó como el *“patrón”* y era él quien le realizaba los pagos, y había contratado a MARTIN como interno; que vio una vez a Carlos Guerrero darle instrucciones a MARTIN PERDOMO para que estuviera pendiente de la portería; que Claribeth Palacios era la secretaria de Carlos Guerrero; que lo vio prestar el servicio durante 6 meses en el año 2015 hasta el día del accidente que sufrió el actor; y pese a que mencionó todo lo ocurrido con ocasión del accidente, todos los aspectos se los entregó el mismo demandante, luego de lo cual se puede inferir que la mayoría de los aspectos narrados en esta declaración no fueron obtenidos por percepción directa, sino por información obtenida del mismo demandante, más aún cuando dijo laborar al frente del edificio de la Calle 12 un sitio llamado Taberna full 80 y que su horario era nocturno desde las 6 de la tarde a las 8 de la mañana.

Ahora, en cuanto a la prueba documental, con la demanda se allegó un comprobante de egreso que da cuenta del pago de honorarios por la suma de \$483.500, suscrito por el actor (pág. 16, archivo

*“01DemandaAnexosActaRepartoAutoAdmisorioTramiteNotificacionEmp
lazamientoInncidenteNulidad”*), del cual no se infiere ni la prestación del servicio a favor de **ART CONDOMINIOS** ni que haya sido la compañía quien pagaba esa remuneración.

Además, como prueba de oficio se incorporaron documentos allegados por la sociedad demandada (*pág. 9 a 98, archivo “13ActaAudienciaApotaPruebasDecretadasAutoReprograma”*), los cuales no fueron desconocidos ni tachados por ninguna de las partes. De esas pruebas, se destacan las siguientes:

1. Comprobantes de egreso (*pág. 9 y 11 a 98*) que demuestran los pagos recibidos por el actor por concepto de honorarios y salarios, los cuales se encuentran suscritos por *“Clari Pal”*, sin que en ninguno de ellos aparezca relación alguna con **ART CONDOMINIOS**.
2. Comunicación del 25 de marzo de 2018 suscrita por **MARTIN PERDOMO LOZANO** y Claribeth Palacios, quien suscribió dicho documento en calidad de administradora del edificio Calle 95 en representación de **ART CONDOMINIOS** (pág. 10).
3. Documento de fecha 16 de mayo de 2022 suscrito por Claribeth Palacios Marmolejo donde le informó a la apoderada de **ART CONDOMINIOS** que:

1. Entre el señor MARTIN PERDOMO LOZANO, identificado con la C.C.No.14.322.137 y la suscrita, se celebró un contrato verbal de trabajo, el cual tuvo vigencia durante el periodo comprendido entre el 1 de Agosto de 2015 y hasta el 31 de Octubre de 2017.
2. El 25 de Marzo de 2018, se pagó al señor MARTIN PERDOMO LOZANO la suma de \$6.029.000 por concepto de liquidación y otros derechos. Debo aclarar que el documento fue redactado por una abogada de la firma Ballesteros Abogados Asociados, y si bien, en el documento se indica que el contrato laboral lo es con ART CONDOMINIOS SAS, accedí a firmarlo en esos términos, en razón a que era la condición para que el señor Martin desalojara el apartasuíte que ocupaba de forma abusiva.
3. Igualmente manifiesto que entre la sociedad ART CONDOMINIOS SAS y la suscrita se encuentra vigente un contrato de arrendamiento desde 6 de Abril de 2015, y no tengo ningún vínculo laboral ni de representación con La sociedad demandada.

4. En la misma comunicación, Claribeth Palacios relacionó todos los pagos realizados a **MARTIN PERDOMO LOZANO** y adosó los respectivos comprobantes.

Sobre el particular, se advierte que el despacho de instancia le dio plena validez a la comunicación del 25 de marzo de 2018 y dedujo que Claribeth Palacios actuaba en nombre y representación de **ART CONDOMINIOS**, aspecto que conllevó a la declaratoria de existencia del contrato de trabajo. Sin embargo, pasó por alto que Claribeth Palacios, en comunicación del 16 de mayo de 2022 afirmó que fue ella quien contrató verbalmente a **MARTIN PERDOMO LOZANO** y le realizó los correspondientes pagos, aspecto que se armoniza con los comprobantes de egreso incorporados, y que la única relación que tenía con **ART CONDOMINIOS** era por un contrato de arrendamiento.

Ante esa divergencia, se requería de la contundencia probatoria de la parte actora de acreditar la efectiva prestación personal del servicio en favor y beneficio de **ART CONDOMINIOS** o, en su defecto, acreditar que Claribeth Palacios era empleada o subordinada de la sociedad demandada, para inferir que actuaba en su nombre y representación y, de ser así, desprender los elementos de la existencia del contrato de trabajo, circunstancia que no ocurrió en este juicio. Tampoco Claribeth Palacios fue demandada como persona natural, pues por lo acreditado en el expediente sería ella la verdadera empleadora del accionante.

Precisa la Sala, que en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso le correspondía a la parte demandante probar de manera clara y sin lugar a dudas por lo menos la prestación personal del servicio en favor de la demandada, único elemento para que operara la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Si **MARTIN PERDOMO LOZANO** pretendía que se declarara la existencia de un contrato de trabajo con **ART CONDOMINIOS**, por lo menos ha debido aportar las pruebas documentales o testimoniales adicionales que sustentaran su dicho, no obstante, ninguna prueba útil aportó para probar este supuesto.

Así las cosas, le asiste razón a la apoderada de la demandada, dado que de las pruebas aportadas al expediente no se establece que

MARTIN PERDOMO LOZANO prestó servicios en favor de **ART CONDOMINIOS**, motivo suficiente para revocar la sentencia y, en su lugar, absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Por sustracción de materia, la Sala se releva de la apelación formulada por la parte actora.

Sin costas en las instancias.

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

RESUELVE

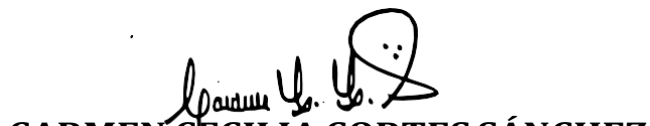
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **ART CONDOMINIOS S.A.S.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **MARTIN PERDOMO LOZANO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 10-2017-00782-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de ambas partes contra el fallo del 13 de septiembre de 2021, que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo, declaró probadas parcialmente las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación, condenó al pago de la diferencia indexada de las cesantías definitivas e intereses a la cesantía y costas a cargo de la pasiva (02:23:21 archivo 21 carpeta 3.1).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 17 a 29 archivo pdf carpeta 6).**

FLOR ÁNGELA RIAÑO ZUBIETA solicitó: **i)** reajustar las cesantías definitivas; **ii)** reliquidar los intereses a la cesantía; **iii)** reliquidar las primas semestrales legales y extralegales de junio y diciembre; **iv)** reliquidar las vacaciones y prima de vacaciones; **v)** reliquidar la prima de servicios; **vi)** cancelar la indemnización moratoria e indexación; **vii)** condenas ultra y extra petita; **viii)** costas y agencias en derecho. En subsidio reclamó la reliquidación de las primas legales y convencionales de servicios, vacaciones legales y convencionales, primas legales y convencional de vacaciones por lo menos de los últimos 3 años de servicios e intereses moratorios.

Como fundamento fáctico indicó que el 20 de octubre de 1986 ingresó como trabajadora oficial de la accionada, relación laboral que finalizó el 9 de enero de 2015, para un total de 10.330 días. Señaló que para la liquidación de su cesantía definitiva, se consideró un sueldo básico de \$2.223.582 y un salario promedio de \$3.481.895,16, lo que arrojó \$98.266.819,88 de cesantía bruta, del mismo modo, se determinó que sus intereses de la cesantía finales ascendían a \$1.722,40, más \$789.496.56 por intereses de cesantía de años anteriores liquidados sobre la base de \$6.579.138, sin embargo, se dedujo \$97.692.687,88 a título de “pagos parciales”. Respecto las vacaciones, manifestó que se le reconoció \$247.064,67 atendiendo un sueldo básico diario de \$74.119,4, de otra parte, le cancelaron \$27.794,76 por concepto de prima extra anual bajo la denominación de “otros devengos”.

Alega que se afilió la Unión Nacional de Empleados Bancarios UNEB y se benefició de las convenciones colectivas suscritas entre ese sindicato y su empleador, por tanto, según el parágrafo 2 del artículo 15 de la convención colectiva de 1980, el auxilio de cesantías y sus intereses se liquidan con un régimen equivalente al previsto para el sector privado, disposición que omitió la demandada, quien tampoco no tuvo en cuenta los factores dispuestos en el artículo 19 de la convención de 1981 y el artículo 289 CST para fijar las cesantías definitivas, además usó erróneamente un salario básico de \$2.223.582 no obstante que en 2015 su valor se incrementó a \$2.374.785,58 en virtud del literal a) del artículo 8 de la convención de 2014. También reclama que en la liquidación final de trabajo no se pagó el auxilio de alimentos por \$179.272 y el auxilio de transporte por \$89.792, consagrados en los literales a) de los artículos 9 y 10 convencionales, a la vez que ambos conceptos fueron excluidos de la liquidación de cesantías y prestaciones sociales a pesar de hacer parte del factor salarial.

De otra parte, como afiliada de la Unión Nacional de Empleados Bancarios UNEB y beneficiaria de las convenciones colectivas, devengó **primas extralegales de junio y diciembre**, conformadas por la prima de servicios de 90 días de salario (punto II convención de 1961, artículo 9 convención de 1999 y artículo 12 convención de 2005), prima extralegal anual de 15 días de salario (artículo 5 convención de 1964, artículo 12 convención de 1980), prima extralegal semestral de 30 días de salario (artículo 11 convención de 1999), prima convencional de vacaciones de 49 días de salario (artículo 26 convención de 1990) y la prima arbitral de 7,5 días de salario en junio y 7,5 días en diciembre (artículo 8 laudo arbitral del 26 de julio de 1964). Del mismo modo, devengó la **prima de servicios convencional** de 1,5 meses de sueldo en junio e igual cantidad en diciembre (punto II convención de 1961).

Asegura que la pasiva no pagó el último periodo de la prima extralegal de vacaciones y durante la relación laboral no la consideró como factor salarial en el reconocimiento de la prima de servicios y las cesantías definitivas, a la par que nunca canceló la prima legal de vacaciones, la cual según el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978 se liquida incluyendo la prima de servicios. La accionada también omitió liquidar y pagar la prima convencional de servicios con el salario promedio devengado en cada semestre y no incluyó todos los factores salariales, tales como los viáticos, además no aplicó la formula establecida que considera los días laborados en vez de la cifra de 180 días por semestre. Así mismo, la encartada no liquidó la prima legal de servicios considerando la formula jurisprudencial.

Debido a los errores descritos, no se consideró que el verdadero valor de su salario promedio del último año de servicios es de \$4.105.237,44 o la cifra más alta que resulte probada, ni el total de 10.330 días laborados, razón por la que no canceló por cesantía definitiva la cifra en \$116.183.843,16 como corresponde. La pasiva también omitió pagar los intereses legales de cesantía al 12% conforme la Ley 52 de 1975 y que ascienden a \$13.942.061,18, ni los intereses

extralegales del 9% sobre la cesantía consolidada al 31 de diciembre de cada año.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 39 a 56 archivo pdf carpeta 6).**

El **BANCO POPULAR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la relación laboral y sus extremos, el salario promedio y los montos pagados por cesantía definitiva, intereses a la cesantía y vacaciones finales y prima extra anual, que canceló auxilios extralegales de alimentación y transporte, que la accionante se afilió a la UNEB y que le pagó liquidaciones parciales de la cesantía.

Señaló que el contrato de trabajo finalizó el 09 de enero de 2015 por renuncia, pues Colpensiones reconoció la pensión de vejez a la actora. De otra parte, indicó que la prima de vacaciones tiene la misma naturaleza jurídica que las vacaciones, al ser un beneficio accesorio a estas; por tanto, no es factor salario sin incidencia en la liquidación de la prima de servicios dado que en ninguna norma convencional se pactó esa destinación; sin embargo, agrega que el artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1981 si la incluyó como factor de la liquidación de cesantías, cuya formula incluye el salario promedio del último año de servicios (09 de enero de 2014 a 09 de enero de 2015), más los factores señalados en el artículo 19 de la convención de 1981 **en el porcentaje allí indicado** y no en la forma reclamada en la demanda, por tanto, el banco liquidó la cesantía considerando: **i)** el sueldo, **ii)** el auxilio extralegal de alimentos y transporte, **iii)** la doceava de la prima convencional de servicios, extralegal semestral, extralegal anual y de vacaciones. De otra parte, el artículo 15 de la convención de 1980, eliminó la liquidación anualizada de cesantías del Decreto 3118 de 1968 y en su lugar cogió, desde el 1° de enero de 1980, un procedimiento similar al del sector privado, de tipo retroactivo conforme el artículo 249 CST, por lo cual tomó los **10.160** días laborados y el salario promedio de \$3.481.895,19, lo que arrojó \$98.266.819,88 de cesantías, de lo cual dedujo \$97.692.687,88 por

pagos parciales. De otra parte, canceló \$791.218,96 de intereses del saldo insoluto de cesantía.

Afirma que el incremento del salario lo era en marzo de cada año, por tanto, el básico salarial no aumentó en enero de 2015; a su vez, si bien el literal d) del artículo 26 de la convención de 1990 fija que la prima de vacaciones es de 49 días para los trabajadores con 15 o más años de servicios, condición que cumplió la actora en octubre de 2001, toda diferencia esta prescrita porque no se reclamó oportunamente.

Formuló las excepciones de falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, cosa juzgada, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (02:23:10 archivo 21 carpeta 3.1).

El 13 de septiembre de 2021, el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo entre la demandante FLOR ÁNGELA RIAÑO ZUBIETA y el BANCO POPULAR S.A., entre el 20 de octubre de 1986 al 9 de enero de 2015, en calidad de trabajadora oficial hasta el 3 de diciembre de 1996 y como trabajadora del sector privado regida por normas del Código Sustantivo del Trabajo a partir del 4 de diciembre de 1996 hasta la fecha de terminación el 9 de enero de 2015, en el cargo de profesional 1 y teniendo como último salario al año 2015 \$2.374.786 como salario básico. SEGUNDO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción respecto de aquellas acreencias o derechos causados con anterioridad al 7 de diciembre del año 2014 y por tanto se ABSUELVE de estas pretensiones, finalmente, en relación a vacaciones se declaran prescritas cualquier diferencia en relación a las causados con anterioridad al 7 de diciembre del año 2013 y se ABSUELVE de estas pretensiones. Tenemos que se declara PROBADA la inexistencia de la obligación reclamada respecto de la reliquidación de pretensiones principales de las correspondientes primas extralegales prima extra anual, prima extra de diciembre semestral, prima extra de junio semestral, prima de servicios de diciembre, prima de servicios de julio y en la reliquidación de prima de vacaciones y frente a las prima legales de vacaciones y frente al pago de intereses a las cesantías del artículo 25 de la Convención Colectiva del 23 de diciembre de 1993 y frente a la reliquidación de intereses a la cesantía del año 2014, en consecuencia se ABSUELVE de estas pretensiones a la demandada, de acuerdo a la parte considerativa de esta sentencia. TERCERO: CONDENAR en costas al BANCO POPULAR S.A.

*a favor de la señora demandante FLOR ÁNGELA RIAÑO ZUBIETA y al pagar a la señora demandante por concepto de diferencias de cesantías definitivas de \$1.259.040,16 y la suma por diferencia de intereses a la cesantía del año 2015 por valor de \$2.054,22, debidamente indexadas deberán ser pagadas estas sumas entre el 9 de enero de 2015 a la fecha efectiva de pago, dando aplicación a la formula establecida en la sentencia. **CUARTO: CONDENAR** en costas al BANCO POPULAR a favor de la parte actora, que deben ser tasadas por Secretaría e incluir como agencias en derecho la suma de \$300.000. (...).”*

La *a quo* fijó que el problema jurídico versaría sobre los hechos y pedimentos de la demanda y su contestación.

Para resolver explicó que la **DEMANDADA** fue una sociedad de economía mixta, conforme el Decreto 2186 de 1969, pero cambió a sociedad comercial anónima el 04 de diciembre de 1996 y desde entonces se rige por el Código Sustantivo del Trabajo. De otra parte, declaró que el vínculo laboral de la actora perduró del 20 de octubre de 1986 al 09 de enero de 2015 y se benefició de las convenciones colectivas de trabajo. Aseguró que la pasiva no efectuó el incremento del salario, el cual según el artículo 8 de la CCT de 2014 se realizaría desde el 1º de enero de 2015, por lo cual adeuda el mayor valor de los días de salario de esa anualidad cancelados en la liquidación final del contrato; de otra parte, absolvió del incremento de los auxilios de alimentación y transporte porque éstos si fueron aumentados por 2015. En cuanto el total de días laborados declaró que fue de 10.160 ya que para efectos laborales el año tiene 360 días. Negó la reliquidación de vacaciones y prima de vacaciones incluyendo la prima de servicios, porque se tratan de emolumentos propios del Decreto 1045 de 1978, el cual ya no aplica a la pasiva porque desde el 4 de diciembre de 1996 se somete al régimen laboral particular y como según el artículo 127 CST, solo los pagos retributivos del servicio son salario, no es posible la reliquidación porque la prima de vacaciones no tiene tal carácter. Acto seguido declaro prescritos todos derechos laborales anteriores al 7 de diciembre de 2014.

En cuanto la prima de servicios, señaló que es regulada por el artículo 306 CST; sin embargo, el artículo 15 de la Ley 50 de 1993 modificó el artículo 128 CST, señalando que no tiene naturaleza

salarial los pagos que recibe el trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; así como los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad y 12 CCT de 2005 fijaron su valor en 1,5 salarios en cada semestre, siendo la tercera parte el factor legal y el resto convencional, por tanto, el artículo 307 CST determina que no es factor salarial, sin embargo, el artículo 19 CCT de 1981 acordó la inclusión del factor extralegal para liquidar la cesantía; de otra parte existe una prima legal extralegal de 15 días en junio y 15 en diciembre pactada en el artículo 11 CCT de 1999, mientras que el artículo 10 de la misma convención consagra la prima extra anual de 15 días. Indicó que en virtud del artículo 128 CST, ninguna de las anteriores primas es salario y no se debe considerar para liquidar la prima de vacaciones, menos aún cuando el artículo 26 de la CCT de 1990 indica que aquella se paga sobre el salario básico.

Frente la reliquidación de cesantías, indicó que no hay controversia de que en la liquidación final se dedujeron \$97.692.687,88 por pagos parciales, lo cual es válido según el artículo 249 CST en el régimen anterior a la Ley 50 de 1990, siendo aplicable el artículo 253 ib. para fijar el salario base para su liquidación, pues el artículo 15 CCT 1980 pacta que desde ese año se pagarían según el régimen del trabajador particular, no obstante, el artículo 19 CCT 1981 estableció unas reglas extralegales para definir la base sobre la cual realizar la liquidación, al señalar que estaría conformada por un primer factor compuesto por el promedio del último año del salario ordinario, gastos de representación, auxilios legales y extralegales de transporte, auxilio convencional de alimentación y primas técnicas, un segundo factor equivalente al promedio de horas extras, recargos,

viáticos y honorarios, por último, un tercer factor que es la suma del promedio del último año por prima de servicios menos la 1/3 parte, las primas extralegales y la prima convencional de vacaciones.

Tras realizar las operaciones aritméticas, advirtió que conforme el artículo 253 CST y el artículo 19 CCT de 2015, la base sobre la cual liquidar la cesantía se conforma por lo **devengado** en el último año de servicios, que es distinto de lo percibido, por tanto, si bien se pagaron unas primas en junio, no se debe incluir el total de lo pagado sino los días del periodo que hacen parte del último año de servicios. Efectuado el cálculo, fijó la base en \$3.526.506,85 y no en los \$3.481.895,19 que usó el Banco para liquidar las cesantías, diferencia que surge exclusivamente de la falta de incremento del salario base para 2015, existiendo un saldo pendiente por cesantía de \$1.259.040,16; en cuanto los intereses a la cesantía, aplicó la Ley 50 de 1990 porque según la CCT de 1981 se acoge el régimen privado, pero como no se acreditó la fecha de los pagos parciales, la liquidó solo por los días de 2015 y luego restó el valor pagado, quedando un saldo de \$2.054,72.

Finalmente, negó la condena a la indemnización moratoria, por cuanto si bien hubo un desfase en el salario base en la liquidación de las cesantías, no advirtió una conducta en la pasiva tendiente a desconocer los derechos de la trabajadora, pues el Banco liquidó correctamente todos los demás factores que hacen parte de la base de cesantías, por lo cual se trató de un mero error aritmético, en consecuencia, no ordenó la sanción y en su lugar dispuso la indexación de las condenas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que la jueza no valoró que se aportó el valor nominal pagado mes a mes y rubro por rubro en el último año de servicios; por tanto, debe sumarse el valor pagado en dicho periodo por cada uno de los conceptos que conforman la base sobre la cual se liquidan las cesantías, sin que sea de recibo la interpretación que

distingue entre lo pagado y lo causado para omitir la aplicación del artículo 53 constitucional y el artículo 21 CST, lesionando los derechos del trabajador, limitando sus derechos mediante una diferenciación artificiosa que distingue donde no hay lugar a la diferencia; en consecuencia, solicita reliquidar el valor de la cesantía y subsecuentemente de sus intereses, conforme lo reclamado en la demanda. De otra parte, aseguró que la falladora de primer grado no se pronunció sobre la petición de pago de la prima consagrada en el Parágrafo 1° del artículo 11 CCT de 1999, pues la pasiva solo canceló la prima consagrada en el Parágrafo inmediatamente siguiente, pero sin reconocer los 15 días de salario ordinario en junio y los otros 15 en diciembre. Reclamó que las vacaciones legales debían ser liquidadas considerando el auxilio de alimentación y de transporte, pues aquellos son considerados factor salarial para la reliquidación de las prestaciones sociales; así mismo, demandó la reliquidación de las primas convencionales legales y extralegales de mayo y noviembre y la prima de vacaciones, pues deben ser liquidadas considerando todos los factores que son salario conforme el artículo 127 CST (02:26:29 archivo 21 carpeta 3.1).

La **DEMANDADA** solicitó revocar las condenas a la reliquidación de cesantías, intereses a la cesantías y costas de primera instancia. Aseguró que la jueza consideró que el Banco no efectuó el incremento del salario básico en 2015, sin considerar que tal aumento no aplica a la actora, pues estuvo en vacaciones del 21 de diciembre de 2014 al 09 de enero de 2015, por tanto, nunca devengó salario en 2015 porque no prestó ni un solo día de labor para dicha anualidad, pues la renuncia ya se había presentado desde octubre de 2014 y sus efectos se materialización inmediatamente terminó el disfrute de los periodos de vacaciones que tomó la actora. En todo caso, señaló que el análisis de los históricos de nómina acredita que el aumento del sueldo de la accionante era en marzo de cada año, por lo cual en enero de 2015 no se había cumplido los 12 meses necesarios para incrementar la remuneración. Alega que nunca se solicitó en la demanda la reliquidación del auxilio de cesantía considerando los 9 días de sueldo

de enero de 2015 e inclusive el hecho 5° del libelo introductorio, indica que el sueldo básico era \$2.223.582, por lo cual se vulnera el debido proceso al imponer una condena con base en diferencias no reclamadas, además, el incremento del sueldo fue de aproximadamente \$151.000, por lo que tal diferencia por apenas 9 días de enero de 2015 no genera un mayor valor de \$44.000 en el salario promedio, estando errado el cálculo de la condena impuesta (02:47:50 archivo 21 carpeta 3.1).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** reafirmó lo solicitado en su recurso de apelación, por cuanto la pasiva no consideró el incremento del sueldo de 2015 al momento de liquidar la cesantía, de otra parte, señaló que los valores de los promedios recibidos por las primas legales y extralegales definidos en el fallo es erróneo, pues no solo no considera el monto completo pagado en el último año de servicios, sino que además pasa por alto que la encartada no pagó la prima consagrada en el Parágrafo 1° del artículo 11 CCT de 1999, a su vez, no se pagaron los intereses de cesantía convencionales del artículo 23 CCT 1971, de conformidad con el artículo 3 del Decreto Ley 1045 de 1978, del mismo modo, no pago la prima de vacaciones considerando que el salario lo conformaban los auxilios de alimentación y transporte, así mismo respecto la prima de servicios convencional.

El apoderado de la **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo en los términos solicitados en su recurso de apelación, por cuanto el incremento salarial de 2015 que consideró la jueza es improcedente, pues para esa calenda la actora no prestó ni un solo día de servicio pues estaba en vacaciones, además, los aumentos se efectuaban en marzo de cada año, tratándose de una petición que nunca se discutió en juicio y vulneró el derecho de defensa de la parte demandada. En subsidio, indicó que se debe reliquidar la condena, pues un mero

incremento por escasos 9 días no puede dar una diferencia con el monto ordenado en la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar: *i)* si en virtud de los argumentos expuestos en los recursos de apelación, procede la reliquidación de las cesantías y los intereses a la cesantía en la suma alegada por la parte actora o si se debe revocar tal condena, como alega la pasiva o, en subsidio, revisar la suma condenada en primera instancia; *ii)* establecer si procede condenar al pago de la prima convencional del Parágrafo 1° del artículo 11 de la CCT de 1999; *iii)* definir si procede la reliquidación de las vacaciones, prima de vacaciones y primas legales y convencionales considerando como factor salarial los auxilios extralegales de alimentación y transporte.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto se encuentra fuera de controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* entre la demandante **FLOR ÁNGELA RIAÑO ZUBIETA** y el demandado **BANCO POPULAR S.A.** existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 20 de octubre de 1986 al 9 de enero de 2015, el cual finalizó por renuncia de la trabajadora (pp. 59-61, 69-72, 75 archivo pdf carpeta 6); *ii)* la **DEMANDANTE** es beneficiaria de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre el **DEMANDADO** y la UNIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS UNEB; *iii)* al momento de su desvinculación, la **DEMANDADA** canceló \$98.266.819,88 por cesantías finales, a las cuales descontó \$97.692.687,88 por pagos parciales, reconociendo la diferencia de \$574.132, así mismo, liquidó y pagó los intereses a la

cesantías de 2014 por \$789.496,56 y 2015 por \$1.722,40 (pp. 71-72 archivo *PDF* carpeta 6).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo, declaró probadas parcialmente las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación, condenó al pago de la diferencia indexada de las cesantías definitivas e intereses a la cesantía y costas a cargo de la pasiva. Contra la anterior decisión ambas partes interponen el recurso de apelación.

Procede la sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes. Para mejor proceder y por cuestiones metodológicas, inicia por la inconformidad de la parte actora, quien señala que la jueza de primera instancia, omitió considerar que los auxilios extralegales de alimentación y transporte eran salario, razón por la cual debían ser considerados en la liquidación de vacaciones, prima de vacaciones y demás primas legales y extralegales que le eran canceladas a la trabajadora.

- Sobre el concepto de salario

El artículo 127 CST, define como salario no solo la remuneración ordinaria del trabajador, sino todo lo que perciba como contraprestación directa de su servicio, sin importar la forma o denominación dada.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1993, modificó el artículo 128 CST, señalando que no tiene naturaleza salarial los pagos que recibe el trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; así como los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entiende como salario todo pago que real y efectivamente remunere el servicio personal subordinado del trabajador, supeditado a lo que éste haga o deje de hacer, siendo eventual el uso de otros criterios para determinar la naturaleza salarial, tales como la periodicidad, habitualidad, permanencia, uniformidad o proporción del pago en el ingreso total, en aquellos casos donde no es claro que el concepto sea retributivo del servicio, ni que tenga origen en la actividad prestada u ofrecida (CSJ SL 24 Feb 2010 Rad. 33.790, CSJ SL8216-2016, CSJ SL4342-2020, CSJ SL4313-2021, CSJ SL4313-2022).

Descendiendo al caso bajo estudio, la parte actora solicita considerar que los auxilios extralegales de alimentación y transporte eran salario, siendo relevante considerar los términos y condiciones como se acordó el reconocimiento de dichos rubros extralegales.

El artículo 14 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1981 consagró el denominado “*auxilio de transporte*” en los siguientes términos:

“(...) ARTÍCULO 14°.- AUXILIO DE TRANSPORTE.

a) El Banco Popular pagará a sus empleador que labores en Bogotá, ciudades capitales de departamento y ciudades con más de 75.000.00 habitantes a partir de la fecha en que empiece a regir esta convención, por concepto de auxilio de transporte, la suma de SEISCIENTOS PESOS (\$600.00) moneda corriente mensuales (...) PARÁGRAFO.- En el evento de que el monto del auxilio de transporte legal supere el aquí pactado, el Banco Popular pagará a sus empleados que adquieran ese derecho, la diferencia en forma adicional (...)”

Por su parte, el artículo 15 de la misma convención adopta el “*auxilio de alimentación*”, cuyo tenor literal señala:

“(...) ARTICULO 15°.- AUXILIO DE ALIMENTACIÓN.

a) A partir del primero (1°) de enero de mil novecientos ochenta y dos (1982), el Banco Popular pagará a cada uno de los trabajadores que laboren en jornada continua conforme a la organización de la entidad, un auxilio de alimentación equivalente a UN MIL SETECIENTOS PESOS (\$1.700.00) moneda corriente mensuales o proporcionalmente al número de días laborados (...)”

El reconocimiento de los precitados auxilios fue reafirmado en los artículos 16 y 18 CCT 1985, 34 CCT 1990, 6 y 7 CCT 1996, 6 y 7 CCT 1999, 7 y 9 CCT 2002, 9 y 10 CCT 2006, 9 y 10 CCT 2008, 10 y 11 CCT 2011, 9 y 10 CCT 2014 y 9 y 10 CCT 2017, tal y como se observa en las convenciones aportadas a juicio, siempre en términos similares a los antes descritos.

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia que la interpretación judicial sobre el sentido y alcance de las normas convencionales parte de considerar la convención colectiva de trabajo como una prueba, a fin de fijar de forma lógica y razonable su alcance bajo el principio de la libre formación del convencimiento del artículo 61 CPTSS, tal y como indicó en las sentencias CSSL4929-2015, CSJ SL20748-2017, CSJ SL3781-2019, CSJ SL1149-2022, entre otras.

Acogiendo lo señalado por nuestro órgano de cierre, en el presente asunto la parte actora reclama que los auxilios convencionales de alimentación y transporte son salario; sin embargo, no allegó prueba de que el reconocimiento de dichos emolumentos estuviera condicionada a la forma como ejercía su trabajo la demandante, pues no acredita ni explica el modo como dichos rubros estaba atado a lo que hiciera o dejara de hacer la trabajadora, incumpliendo con la carga de la prueba a su cargo conforme el artículo 167 CGP.

De otra parte, este Tribunal no pasa por alto la manera como fueron definidos dichos beneficios extralegales, al punto que hasta su propio nombre permite entrever la destinación de dichos reconocimientos, pues se dirigían a facilitar el cumplimiento de las funciones del trabajador, ya sea porque le aligeraban la carga financiera del transporte a su lugar de trabajo o porque financiaban su alimentación cuando la jornada de trabajo era continua, por lo que se infiere razonablemente que dichos dineros no eran para enriquecer el patrimonio del trabajador sino para morigerar los costos relacionados con la asistencia al trabajo, por ende, conforme el artículo 128 CST, no pueden ser considerados salario, razón por la cual no queda opción

distinta que desestimar la suplica del apoderado de la actora en tal sentido.

- **Acerca de la prima convencional del Parágrafo 1º del artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1999.**

Procede la Sala a resolver la segunda materia objeto del recurso de apelación de la parte demandante, quien alega que la sentencia de primera instancia no se pronunció sobre su suplica de ordenar al Banco accionado el pago de la prima contenida en el Parágrafo 1º del artículo 11 CCT de 1999, pues al sentir del recurrente tal derecho nunca fue cancelado por la encartada.

Se reitera que el órgano de cierre de nuestra jurisdicción ha señalado que en los litigios donde se discute el alcance e interpretación de normas convencionales, aquellas deben ser valoradas como prueba, bajo los principios que gobiernan la libre formación del convencimiento del juez laboral, conforme el artículo 61 CPTSS (CSSL4929-2015, CSJ SL20748-2017, CSJ SL3781-2019, CSJ SL1149-2022).

En el presente asunto, no fue objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo del 20 de octubre de 1986 al 9 de enero de 2015. De otra parte, fueron aportadas a juicio las siguientes convenciones colectivas de trabajo (archivo *PDF* carpeta 6):

#	Documento	Ubicación
1	CCT 1961	171-175, 244-248
2	CCT 1964	176-180, 249-253
3	CCT 1971	254-263
4	Laudo Arbitral 1974	264-287
5	CCT 1980	158-170, 288-327
6	CCT 1981	137-157, 328-349
7	CCT 1985	350-374
8	CCT 1990	181-201, 375-396
9	CCT 1996	397-416
10	CCT 1999	417-439
11	CCT 2002	440-461
12	CCT 2006	462-489
13	CCT 2008	490-514
14	CCT 2011	520-549
15	CCT 2014	109-136, 550-577
16	CCT 2017	578-606

El estudio de las convenciones colectivas aportadas permite evidenciar que en el Banco Popular se consagró el pago de 3 primas convencionales y no de 4, como reclama el apoderado de la demandante.

- 1. Prima extralegal anual:** consagrada en el artículo 5 CCT 1964, la cual por expresa disposición del artículo 32 CCT 1985 pasó a cancelarse en los últimos 5 días de noviembre de cada año.
- 2. Prima extralegal-legal de servicios:** consagrada en el artículo 2 CCT 1961.
- 3. Prima extralegal semestral:** consagrada en el artículo 8 del Laudo Arbitral de 1974 y artículo 12 CCT 1980, cuyo reconocimiento pasó a realizarse en los últimos 5 días de mayo y noviembre de cada año.

Precisamente, el representante judicial confunde la última prima extralegal, al considerar que se trata de dos emolumentos extralegales distintos, cuando en realidad, se tratan de uno solo, tal y como pasa a explicarse.

El artículo 8° del Laudo Arbitral de 1974, consagró tal prima en los siguientes términos:

“(...) ARTICULO OCTAVO.- Además de la prima que ordena la ley, y las estipuladas en laudos y convenciones, el banco pagará a sus trabajadores las siguientes: a). Siete y medio días de salario ordinario que se pagaran en el mes de junio y b). Siete y medio días de salario ordinario que se pagarán en el mes de diciembre (...)”

A su vez, el precitado emolumento extralegal fue recogido en el artículo 12 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980, así:

“(...) ARTICULO 12°.- PRIMA EXTRALEGAL. A partir de la vigencia de la presente Convención Colectiva, el Banco Popular incrementará la Prima Extralegal Semestral de que trata el artículo 8°. del Laudo Arbitral de 1974, en quince (15) días de salario ordinario, pagaderos 7.5 días en el mes de Junio y 7.5 días en el mes de Diciembre de cada año (...)”

La periodicidad de pago de dicho beneficio fue modificada en el artículo 32 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1985:

“(...) ARTÍCULO 32o. ACUERDO REGISTRADO EN LA SESIÓN DEL DIA 26 DE NOVIEMBRE DE 1985

Después de discutir sobre el régimen de pagos mensuales y semestrales, las partes expresaron la conveniencia de efectuar un reordenamiento de los mismos con miras a racionalizar su administración. (...)

En cuanto hace referencia a las primas semestrales, las partes acordaron lo siguiente:

1. La prima semestral prevista en el Artículo 8o. del Laudo Arbitral de 1974 y en el Artículo 12 de la Convención Colectiva de 1980, se cancelará dentro de los últimos cinco días de los meses de mayo y noviembre de cada año (...)

Luego, el artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1999 dispuso:

“(...) ARTÍCULO 11.- PRIMA EXTRALEGAL SEMESTRAL

Además de la prima que ordena la ley, y las estipuladas en Laudos y Convenciones, el Banco pagará a sus trabajadores las siguientes: a) Quince días de salario ordinario que se pagarán en el mes de junio; y; b) Quince días de salario ordinario que se pagarán en el mes de diciembre.

La prima extralegal prevista en el artículo 8 del Laudo Arbitral de 1974 y en el artículo 12 de la Convención Colectiva de 1980, se cancelará dentro de los últimos 5 días de los meses de mayo y noviembre de cada año. (...)

Quedan modificados el artículo 8º del Laudo Arbitral del 26 de julio de 1974, el artículo 12 de la Convención Colectiva del 1º de febrero de 1980 y el artículo 32 numeral 1 de la Convención Colectiva del 12 de diciembre de 1985 (...)

Efectuado el recuento histórico del beneficio convencional objeto de la controversia, de entrada se advierte que bajo el nombre de prima extralegal semestral, singular y no plural porque refiere solo una prima, se consagró el pago del beneficio inicialmente reconocido en el artículo 8º del Laudo Arbitral de 1974, consistente en el pago de 7,5 días de salario en junio y otra suma igual en diciembre, el cual se ratificó en el artículo 12 CCT 1980 y que fue objeto de una modificación en su pago, pues el artículo 32 CCT 1985 dispuso que se realizaría en mayo y

noviembre y, finalmente, en el artículo 11 CCT 1999, su valor fue aumentado a 15 días de salario en cada fecha.

Si bien la redacción del aumento fue desafortunada, pues tras incrementar el valor de la prima indicó que sería pagada en junio y diciembre, omitiendo que desde 1985 ya se había modificado la fecha de desembolso a mayo y noviembre, el inciso inmediatamente siguiente de la norma de 1999 ratifica los meses en los cuales se venía cancelado ese rubro 14 años antes; y es precisamente esa contradicción en las fechas, la que conllevó a la confusión de la existencia aparente de dos primas, pero desde luego, se trata de una sola.

En efecto, la unicidad de la prima semestral convencional no solo deriva del título con que se identificó el artículo que consagró dicho beneficio, que se itera fue en singular y no en plural, sino en el hecho de que en todas y cada una de las convenciones allegadas, salvo en el artículo 32 CCT 1985, cada una de las primas extralegales es tratada en artículos distintos remarcando la independencia entre los 3 beneficios convencionales de dicho tipo que existen al interior de la compañía, así mismo, el histórico de pagos de la demandante en vigencia de toda la relación laboral acredita que en ningún mes se le canceló alguna prima convencional distinta a la ya citadas (pp. 85-93 pdf carpeta 6).

En consecuencia, la inconformidad elevada en este punto por el apoderado de la pasiva es infundada.

- Sobre los factores y forma de cálculo convencionalmente acordados para la liquidación de cesantías de los trabajadores del Banco Popular

Aborda esta Corporación el tercer y último punto de inconformidad elevado por la parte actora en su recurso y, para mayor facilidad, se resolverá de manera conjunta con el único reproche que la parte pasiva eleva en su alzada, por cuanto ambas apelaciones se dirigen a cuestionar la forma como el *a quo* concluyó en el presente asunto que si existía una diferencia pendiente de pago por cesantías e intereses a la cesantía.

Iniciando con la apelación de la parte actora, quien manifiesta que la promotora del litigio presentó renuncia desde el 15 de octubre de 2014, la cual se hizo efectiva hasta el 09 de enero de 2015 porque primero tomó los periodos de vacaciones pendientes de disfrute, razón por la cual no era beneficiaria del incremento del sueldo de 2015 porque no prestó su servicio personal ni un solo día de dicha anualidad, además, históricamente hablando, los aumentos de su sueldo eran en marzo, pues en ese instante completaba los 12 meses de labor.

De entrada, se anuncia que este Tribunal no evidencia que le asista razón al apoderado del Banco accionado en su tesis, considerando en primer lugar que el contrato de trabajo de la hoy demandante inició el 20 de octubre de 1986, entonces no era cierto que completará los 12 meses de servicios en marzo de cada anualidad.

En segundo lugar, el hecho de que la actora hubiera estado disfrutando sus vacaciones cuando ocurrió el cambio de 2014 a 2015 no es una circunstancia que eximiera a la encartada del aumento salarial al que se obligó mediante el artículo 8 de la Convención Colectiva de Trabajo de 2014, norma que empezó a regir desde el 1º de enero de 2015 y la cual dispuso que el Banco incrementaría por cada año de vigencia de la convención el salario mensual de sus trabajadores *“que estén vinculados efectivamente al Banco Popular a la fecha en que inicie su vigencia la presente Convención Colectiva de Trabajo”*, aumento que se dijo que *“a partir del 1º de enero del año 2015”* sería del 6,8% (p. 556 pdf carpeta 6), norma que no hizo ninguna distinción o excepción para los trabajadores que no estuvieran prestando su servicio pero que aún siguieran vinculados, como era el caso de la hoy promotora del litigio, por lo cual no le asiste razón a la parte accionada en su reproche al fallo de primer grado.

Resuelto lo relativo a la apelación de la parte pasiva, pasa esta Corporación a resolver el último tema objeto del recurso de la parte accionante, quien en su alzada alega que la jueza *a quo* incurrió en una diferenciación artificiosa entre lo pagado y causado, lesionando el

derecho de la trabajadora a que sea considerado el valor nominal recibido en el último año de servicio, para efectos de calcular el monto de la cesantía y sus intereses.

Para dar solución a este punto, considera prudente esta Sala hacer un repaso, con fines pedagógicos, de la forma como se gobierna el cálculo de la liquidación de cesantías al interior del Banco Popular, pues dicho aspecto no se gobierna solamente por las disposiciones legales, pues a lo largo del tiempo las convenciones colectivas celebradas por dicha entidad bancaria han modificado la forma, factoras y procedimiento como se determina dicha prestación social.

El artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1981 dispone el procedimiento para liquidar la cesantía:

“(...) ARTÍCULO 19º. PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA. A partir de la fecha de vigencia de la presente Convención Colectiva y con sujeción a las condiciones previstas en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1 de febrero de 1980, el Banco Popular liquidará y pagará el auxilio de cesantía de todos sus trabajadores tomando como base los factores siguientes:

1. Un primer factor integrado por el último salario ordinario que esté devengando el trabajador, sumado al valor mensual de los gastos de representación, auxilio legal o convencional de transporte, auxilio convencional de alimentación, primas técnicas y primas de estadía, si las tuviere asignadas el empleado en la fecha de liquidación parcial o definitiva.

2. Un segundo factor integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva, por concepto de horas extras, dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, viáticos y honorarios.

3. Un tercer factor integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva, por concepto de primas de servicio (excluida una tercera parte de su valor, que corresponde a la prima legal), primas extralegales y prima de vacaciones.

La suma de estos tres (3) factores constituye el salario base para liquidación de cesantías (...)”

De acuerdo a la norma convencional transcrita, para establecer el salario promedio con el cual se deben liquidar las cesantías, se hace una suma entre los tres “factores” que consagra dicha disposición, los cuales

según la Corte Suprema de Justicia están conformados de la siguiente manera (CSJ SL2545-2021, CSJ SL3126-2022, CSJ SL1600-2023 y CSJ SL2456-2023):

Primer Factor
Último salario ordinario devengado
Valor mensual del auxilio legal o extraconvencional de transporte a la fecha de liquidación
Valor mensual del auxilio convencional de alimentación a la fecha de liquidación
Valor mensual de la prima técnica a la fecha de liquidación
Valor mensual de la prima de estadía a la fecha de liquidación
Segundo Factor
Promedio mensual de lo devengado el último año o fracción de año anterior a la liquidación por horas extras
Promedio mensual de lo devengado el último año o fracción de año anterior a la liquidación por dominicales y festivos
Promedio mensual de lo devengado el último año o fracción de año anterior a la liquidación por recargo nocturno
Promedio mensual de lo devengado el último año o fracción de año anterior a la liquidación por viáticos y honorarios
tercer Factor
Promedio mensual de lo devengado el último año o fracción de año anterior a la liquidación de la 2/3 de la prima de servicios
Promedio mensual de lo devengado el último año o fracción de año anterior a la liquidación por primas extralegales
Promedio mensual de lo devengado el último año o fracción de año anterior a la liquidación por prima de vacaciones

Nótese como el tercer factor se conforma por lo **devengado** en el último año de servicios por los emolumentos allí señalados, siendo precisamente el alcance de la expresión devengado lo que cuestiona el apoderado de la parte actora, quien considera que hace referencia a todo lo recibido en el último año y que hacer distinciones de si lo pagado fue devengado o no es lesivo a los derechos del trabajador y un desconocimiento a la interpretación más favorable, asegurando que tal diferenciación fue impuesta en su momento por un abogado empresarial que logró ser magistrado de la CSJ, corporación que en su sentir ya ha superado esa interpretación “*contraria a la constitución*”.

La Sala no comparte lo alegado por el apoderado judicial del extremo activo, por cuanto la distinción entre lo causado o devengado, por un lado y lo pagado o recibido, por el otro, no es un capricho o una interpretación sesgada a favor del empresario, como acusa la parte promotora de la litis, pues no puede pasar por alto esta Sala que hay

eventos donde, por ejemplo, se cancela lo adeudado en varios años en un único instante, sin que por ello pueda entenderse que se trata de un emolumento causado en el año anterior, ya que la realidad es que corresponde a los conceptos acumulados en varias anualidades.

Para clarificarlo aún más, en gracia de la discusión, si por ejemplo el Banco hoy encartado no hubiera cancelado por 5 años lo debido por la prima semestral convencional y hubiera saldado su deuda en el último año de servicios, de aplicarse la tesis que defiende el abogado de la demandante, todo ese valor haría parte de la base para liquidar la cesantía porque hace parte de los valores “*nominales*” cancelados en los 360 días anteriores a finiquito de la relación, posición que a todas luces es errada.

Además, no es cierto que el órgano de cierre de nuestra jurisdicción haya abandonado la distinción entre devengado y pagado, como alega en su alzada el apoderado de la actora, por cuanto la Sala Permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha proferido y sigue pronunciando sentencias en donde distingue entre uno y otro concepto y solo para citar alguna pueden ser consultadas las CSJ SL 22 Ago 2012 Rad 43.682, CSJ SL9059-2014, CSJ SL2189-2020 y CSJ SL3134-2022, pero si se incluyen los pronunciamientos de la Sala de Descongestión del órgano de cierre de nuestra jurisdicción, la lista sube pues también encontramos las sentencias CSJ SL11160-2017, CSJ SL16045-2017, CSJ SL19546-2017, CSJ SL19799-2017, CSJ SL19535-2017, CSJ SL21089-2017, CSJ SL1204-2018, CSJ SL2858-2018, CSJ SL3552-2018, CSJ SL4968-2018, CSJ SL410-2019, CSJ SL1162-2019, CSJ SL2992-2019, CSJ SL3052-2019, CSJ SL3189-2019, CSJ SL4108-2019, CSJ SL4371-2019, CSJ SL4395-2019, CSJ SL006-2020, CSJ SL1052-2020.

Así las cosas, no se evidencia ningún dislate o interpretación abiertamente errónea de la jueza a quo, por cuanto la decisión de imponer condena considerando exclusivamente **los valores devengados** en el año inmediatamente anterior a la terminación del vínculo laboral

no solo es razonable, sino que además es acorde con las reglas y posición jurisprudencial de la máxima corporación de nuestra jurisdicción, por lo cual se rechaza la suplica del apoderado de la promotora del litigio.

Quedan así resueltos todos los puntos de los recursos de apelación de ambas partes contra el fallo de primer grado y, como quiera que ninguno salió avante, no queda camino distinto que confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de 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

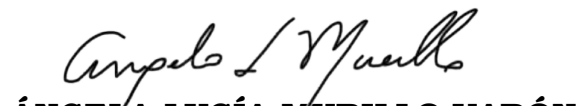
RESUELVE

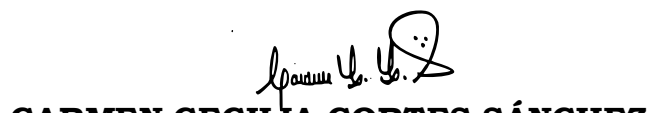
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11-2019-00432-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra el fallo del 13 de septiembre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** (min. 3:33:30 archivo “17Audiencia20230913”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 17 archivo “02ExpedienteDigitalizado”).**

OSCAR MAURICIO REYES VILLAMIZAR solicitó declarar nula su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó se afilió al ISS del 19 de octubre de 1975 hasta septiembre de 1995 y cotizó 477 semanas, que a finales de 1999 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró, que el monto de su pensión en el RAIS es inferior al que recibiría en el RPM, por tanto, el 07 de marzo de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM, entidad que trasladó la solicitud a ASOFONDOS, sin recibir ninguna respuesta.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó las semanas cotizadas al ISS. Indicó que no le constan las circunstancias en que se dio el traslado del RPM al RAIS, sin embargo, el demandante no acreditó las irregularidades alegadas y por el contrario, su afiliación a la AFP fue libre y voluntaria y el afiliado nunca solicitó su retorno al RPM, el cual no procede por la restricción por edad y porque no se cumplen las condiciones señaladas en la sentencia SU-062 de 2010. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia de derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (Pág. 72 a 108 archivo “02ExpedienteDigitalizado”).

Por auto del 04 de octubre de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** (Pág. 146 a 147 archivo “02ExpedienteDigitalizado”).

El 20 de octubre de 2021 se dictó sentencia de primera instancia (archivo “03AudioAudiencia202511020”), providencia que fue anulada por este Tribunal el 31 de octubre de 2022, por lo que en Auto del 09 de agosto del 09 de agosto de 2023 se dispuso la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A.** (archivo “05AutoObedezcaseCumplirVinculaProteccion”), sociedad que se opuso a las pretensiones en su contra, indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica (Pág. 3 a 23 archivo “08EscritoContestaciónDemandaProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:53:37 archivo “17Audiencia20230913”).

El 13 de septiembre de 2023, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **PRIMERO:** DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado el día diecinueve (19) de noviembre de 1996 por el señor OSCAR MAURICIO REYES VILLAMIZAR, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. Y consecuentemente sus posteriores traslados horizontales realizados en los años 1999 y 2002. **SEGUNDO:** CONDENAR a las demandadas ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS y en las administradoras que fueron absorbidas durante el tiempo por estas AFP, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que fueron descontados de las cotizaciones por todas las AFP a las que estuvieron afiliadas y que fueron destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima en los términos señalados en la parte motiva de este proveído. **TERCERO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante OSCAR MAURICIO REYES VILLAMIZAR al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por la demandante en el RAIS en la historia laboral de COLPENSIONES. **CUARTO:** Las excepciones propuestas se declaran imprósperas. **QUINTO:** CONDENAR en COSTAS a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, incluyendo como agencias en derecho en esta instancia en favor de la demandante la suma de 2 SMLMV. suma que deberá ser asumida por partes iguales por ambas AFP en razón de 1 SMLMV para cada una. **SEXTO:** CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. (…)”.*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si hay lugar o no a declarar la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó el demandante en el año 1996 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales al RAIS administrado por la AFP COLMENA S.A., hoy **PROTECCIÓN S.A.**, igualmente, si hay lugar o no a declarar la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen pensional posterior que se dio de manera horizontal entre administradoras del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad. En caso de salir avante la pretensión de ineficacia del traslado, habrá de establecerse si hay lugar a declarar que el demandante continua válidamente afiliado al RPM que hoy administra **COLPENSIONES**. Igualmente, en caso de salir avante esa pretensión de ineficacia, habrá de

establecerse cuáles son los dineros que deben ser devueltos por las AFP demandadas con destino a **COLPENSIONES**. Finalmente, establecer si hay lugar a imponer costas y agencias en derecho y a cargo de quién deben imponer dichas condenas.

Para resolver, el Juez indicó que las AFP no demostraron el deber de información sobre las ventajas, desventajas, características y diferencias de cada régimen para que el usuario tuviera todas las herramientas para llevar a cabo una afiliación libre, consiente y voluntaria, ya que brilla por su ausencia confesión emitida al respecto en el interrogatorio de parte, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Venció en silencio el traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **OSCAR MAURICIO REYES VILLAMIZAR** se afilió al extinto ISS el 19 de

noviembre de 1975 y cotizó 481,43 semanas (Pág. 1 a 10 archivo “01ExpedienteAdministrativo”); **ii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación del 19 de noviembre de 1996, efectivo a partir del 01 de enero de 1997, posteriormente, el 13 de octubre de 1999 se trasladó horizontalmente a **PORVENIR S.A.**, y finalmente, el 05 de abril de 2002 a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, AFP donde permanece vinculado y acumula 1.470 semanas cotizadas a octubre de 2018 (Pág. 35 a 36 archivo “08EscritoContestacionDemandaProteccion” y Pág. 45 a 52 archivo “02ExpedienteDigitalizado”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de

2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP

PORVENIR que no probó el deber de información al demandante en sus traslados horizontales.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó que su afiliación al RAIS obedeció a la sugerencia de su antiguo empleador y a que el ISS presentaba grandes problemas, que nunca recibió asesoría por parte de los asesores de los fondos privados acerca de las condiciones pensionales entre uno y otro régimen y que no recuerda haber leído el contenido de los formularios de vinculación, manifestaciones que no benefician a las **AFP DEMANDADAS**, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las **AFP DEMANDADAS** deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de 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

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCION S.A.** y **PORVENIR S.A.**, según corresponda, a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional y los rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

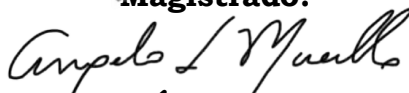
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: OSCAR REYES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00432 02

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.16-2019-00331-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2023 por el Juzgado Cuarenta y uno Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la **DEMANDADA** de todas y cada una de las pretensiones y condeno en costas a la **DEMANDANTE** (min. 13:53 archivo “34GrabacionAudiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 8 archivo “12EscritoSubsanacion”)**

MARÍA INÉS SARMIENTO DÍAZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** con el fin de que se declare que tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, calculándole el salario mensual de base multiplicando por el factor 4.33 la centésima parte de la suma de los salarios mensuales sobre los cuales cotizó el trabajador durante los últimos 10 años de servicio, de conformidad con el artículo 36 inciso 2 de la ley 100 de 1993 y el artículo 20 numeral II sus parágrafos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año y, en consecuencia, se condene al pago de las sumas producto de la reliquidación con efectos fiscales a partir del 28 de febrero de 2010 y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones, en que **COLPENSIONES** mediante Resolución No. 111744 del 15 de julio de 2010 reconoció pensión de vejez conforme al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por lo que fue reconocida tal pretensión bajo el Acuerdo 049 de 1990, en lo referente a la edad, tiempo de cotización y monto; sin embargo, **COLPENSIONES** no tuvo en cuenta lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 20 numeral II del Acuerdo 049 de 1.990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que señala que el IBL resulta de calcular el salario mensual de base multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizo el trabajador en las ultimas cien (100) semanas. Indicó, que presentó reclamación administrativa solicitando la reliquidación pensional, la cual fue negada a través de Resolución No. GNR 294023 del 06 de noviembre del 2013 y Resolución No. GNR 108566 del 26 de marzo de 2014, decisión ante la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales no han sido resueltos.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 1 a 13 archivo “Contestación De La Demanda Proceso 2019-331”)**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el reconocimiento pensional bajo el acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición, la solicitud de reliquidación y la interposición de recursos ante la negativa de esta. Expresó que los demás hechos no le constaban o no eran ciertos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, buena fe, prescripción y caducidad, y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 11:04 archivo “20Grabacion20230314”)

El 29 de agosto de 2023, el Juzgado (41) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por MARÍA INÉS SARMIENTO DÍAZ, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones de

*fondo, conforme la parte considerativa de las providencias. **TERCERO: CONDENAR** en las costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandante y a favor de la demandada en la suma de \$1.160.000. **CUARTO: REMITIR** copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021. **QUINTO:** En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante (...).”*

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si es viable ordenar la reliquidación de la pensión de vejez de la **DEMANDANTE**, de igual manera, analizar la procedencia de las demás pretensiones declarativas y condenatorias elevadas en la demanda, o *a contrario sensu* dar prioridad a las excepciones invocadas por la parte pasiva.

Para resolver, el Juez indicó que en el plenario se encuentra plenamente demostrado que a la actora le fue reconocida la pensión de vejez, con un ingreso base de liquidación de \$1.187.760, a la cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 90%. Señaló, que se debe tener en cuenta como normatividad aplicable al caso la ley 100 de 1993, específicamente lo expuesto en su artículo 21 y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo referente a que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, conservó para sus beneficiarios las disposiciones anteriores en lo concerniente a tres aspectos fundamentales a saber: la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y el monto de la prestación, entendiendo este último como la tasa de reemplazo, en lo demás, deberá acudirse a lo dispuesto en la ley 100 de 1993, como lo correspondiente a la definición del IBL. Por lo anterior, para el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la actora se debe tener en cuenta el IBL establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, y en ese sentido, el acto administrativo que concedió tal prestación se ajusta a los preceptos constitucionales, normativos y jurisprudenciales.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que la parte **DEMANDANTE** no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, ninguna de las partes presentó alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si a la demandante le asiste derecho a la reliquidación de su pensión vejez en cuenta lo dispuesto en el Parágrafo 1° del artículo 20 numeral II del Acuerdo 049 de 1.990.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no es motivo de controversia los siguientes hechos jurídicos: **i)** mediante Resolución No. 111744 del 15 de julio de 2010 **COLPENSIONES** reconoció una pensión de vejez a la demandante **MARÍA INÉS SARMIENTO DÍAZ** a partir del 28 de febrero de 2010, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, conforme al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en cuantía inicial de \$1.068.984, para la cual tuvo en cuenta un total 1.422 semanas, con base en un IBL de \$1.187.760, al cual aplicó una tasa de remplazo del 90% (Pág. 10 a 12 archivo “03Demanda”); **ii)** la demandante presentó solicitud de reliquidación de pensión ante **COLPENSIONES**, la cual fue negada a través de Resoluciones No. GNR 294023 del 06 de noviembre del 2013 y GNR 108566 del 26 de marzo de 2014, contra las cuales interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación, siendo negados nuevamente, conformándose la decisión en Resolución GNR 354366 del 09 de octubre de 2014 (Pág. 14 a 54 archivo “03Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas a la parte demandante.

Procede entonces la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Del Ingreso Base de Liquidación en Régimen de Transición.**

En cuanto a los derechos que otorga el régimen de transición, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, tiene asentado que el mismo únicamente preserva tres aspectos del régimen anterior: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. De suerte que, los demás aspectos de la prestación, tales como el ingreso base de liquidación, son los consagrados en la Ley 100 de 1993, ya sea en su artículo 21, para quienes les faltara más de 10 años para consolidar su derecho, o conforme al inciso 3° del artículo 36 para quienes les faltara menos de 10 años para adquirir la pensión (sentencias CSJ SL 44238, 15 feb. 2011; SL 53037, 17 abr. 2012; SL 570-2013; SL4649-2014; SL17476-2014; SL2982-2015; SL3738-2019; SL3841-2019 entre otras).

CASO CONCRETO

Como en el *sub lite* no está en discusión que la demandante fue pensionada por **COLPENSIONES** a través de Resolución No. 111744 de 2010, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, precisamente por ser beneficiaria del régimen de transición (Pág. 10 a 11 archivo “03Demanda”), es claro que la inconformidad de la parte actora deviene exclusivamente del IBL aplicable en este caso, pues asegura la actora que la accionada no tuvo en cuenta al momento de liquidar la mesada pensional lo establecido en el parágrafo 1°, numeral II, del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, el cual se obtiene de multiplicar por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las ultimas cien (100) semanas.

Bajo tal óptica, y en aplicación del criterio jurisprudencial reseñado en precedencia, se confirmará la decisión del *a quo*, toda vez que no es viable reliquidar la pensión de vejez de la demandante en los términos solicitados en la demanda, ya que el parágrafo 1°, numeral II, del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 se aplica a las personas a las cuales se les reconoció la pensión de vejez en vigencia de dicha normatividad, contrario al presente caso, que la prestación fue reconocida a la demandante en vigencia de la ley

100 de 1993, empero, por vía de transición, accedió a los requisitos de edad y tiempo de servicios, así como al porcentaje aplicable a la pensión del régimen anterior.

Siendo así, para el asunto que nos ocupa, el cálculo del IBL debe guiarse por el artículo 21 de la ley 100 de 1993¹, como quiera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, -01 de abril de 1994-, a la demandante le faltaban más de diez años para acceder a su pensión de vejez, pues conforme se observa de la cédula de ciudadanía obrante en el expediente administrativo aportado por la encartada, la señora **MARÍA INÉS SARMIENTO DÍAZ** nació el 26 de enero de 1955, por lo que cumplió la edad mínima de pensión -55 años-, el mismo día y mes del año 2010 (archivo “2013_1098196_GRP-DDI-PE”).

Ahora, como la demandante acreditó un total de 1.422 semanas de cotización, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, ciertamente alcanza la tasa máxima de remplazo equivalente al 90%.

De esa manera fue abordado el estudio del derecho pensional por el extinto ISS en Resolución 111744 de 2015, procediendo en aquella oportunidad a realizar la respectiva liquidación conforme al artículo 21 de la ley 100 de 1993, obteniendo un IBL para el año 2010 correspondiente a los salarios sobre los cuales cotizó la trabajadora durante los 10 años anteriores de \$ 1.118.373,17 y durante toda la vida laboral de \$1.187.760,20, siendo más favorable éste último, al cual aplicó un monto de 90%, lo que arrojó una mesada pensional de \$1.068.984 (Pág. 13 archivo “03Demanda”).

Así las cosas, se agota la competencia en esta instancia por surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora y habiéndose

¹ **ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** *Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.*

arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el fallador de primer grado, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia consultada.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

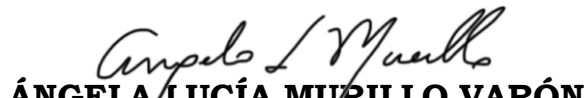
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

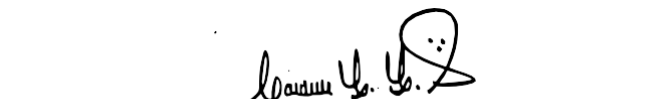
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 18-2019-00804-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES**, **PORVENIR** y **COLFONDOS**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 06 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, ordenó a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, y a **COLPENSIONES** a recibir al afiliado sin solución de continuidad y a actualizar la historia laboral (*min. 01:37:33, archivo “19AudienciaVirtualSentencia”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JULIAN ANTONIO ELJACH PACHECO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional realizado del Régimen de Prima con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, que se ordene a las AFP a devolver a **COLPENSIONES** todas las sumas adicionales, saldos con sus frutos e intereses y rendimientos, junto con la condena por costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 05 de noviembre de 1955, se afilió al ISS desde el 11 de septiembre de 1986 hasta abril de 1998 y a la Caja de Previsión Distrital desde el 1° de septiembre de 1983 hasta el 10 de septiembre de 1990; que varios asesores de la AFP **PORVENIR** acudieron a su empleados con el propósito de adelantar afiliaciones y traslados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, donde le advirtieron el riesgo que corría si seguía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, generando gran incertidumbre, por lo que realizó la afiliación a ese fondo el 03 de abril de 1998, sin que en ese momento le hayan informado datos trascendentales para el futuro reconocimiento de la pensión de vejez, pues no se indicó las diferencias que se presentaban en ambos regímenes pensionales; que el 06 de noviembre de 2018 solicitó a **COLPENSIONES** proyección de mesada pensional, luego el 06 de noviembre de 2019 radicó formulario de traslado de régimen pensional, petición que fue rechazada; y finalmente que presentó solicitudes antes las AFP demandadas para obtener información acerca de la información brindada al momento de la afiliación y proyección pensional (*pág. 3 a 26, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, el traslado al RAIS, la petición presentada y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; cobro de lo no debido por ausencia de causa; inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 2 a 29, archivo “06ContestacionDemandaPorvenir”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del accionante, la petición presentada y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; falta de legitimación de la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al RAIS y ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por **COLFONDOS S.A.**; prescripción de la acción para solicitar la nulidad el traslado; compensación y pago (pág. 04 a 20, archivo “07ContestacionDemandaColfondos”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la presentación de las solicitudes y sus respuestas. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021; el error de derecho no vicia el consentimiento; prescripción; presunción de legalidad de los actos jurídicos; cobro de lo no debido; buena fe; no pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 3 a 33, archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:37:33, archivo “19AudienciaVirtualSentencia”)

El 06 de julio de 2023, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor JULIÁN ANTONIO ELJACH PACHECO, identificado con cédula de ciudadanía 10.534.229, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. celebrada el 03 de abril de 1998, con fecha de efectividad 01 de junio de ese mismo año, y consecuentemente declarar la ineficacia de la afiliación realizada a COLFONDOS el 23 de octubre de 2002 con fecha de efectividad 1 de diciembre de ese mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales el señor JULIÁN ANTONIO ELJACH PACHECO, identificado con cédula de ciudadanía 10.534.229 nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR y a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse con esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de data 11 de septiembre de 1986, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo. **QUINTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas. **SEXTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS en favor de la parte demandante en la suma de \$1.000.000 a cada una. Sin costas a cargo de COLPENSIONES. **SÉPTIMO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE** con el Superior...” sic.

Como sustento de su decisión el Juez expresó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al revisar el expediente brilla por su ausencia la información que se le dio al demandante al momento de traslado de régimen pensional, en especial las consecuencias derivadas de dicho traslado, obligación que tenía a cargo el fondo de pensiones, por lo que concluyó que era viable la declaratoria de ineficacia de la afiliación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que se debe tener en cuenta que el demandante guardó silencio por más de 20 años, lo que permite notar un abandono de su situación pensional; conforme con el interrogatorio, el actor nunca se sintió coaccionado y estuvo de acuerdo con la decisión y de las pruebas allegadas no se puede probar la falta de asesoría; que el afiliado faltó a la diligencia y cuidado como consumidor financiero, por lo que no debe recaer la responsabilidad únicamente en las demandadas; que se debe atender el principio de sostenibilidad financiera y en este caso el actor no contribuyó al fondo común; y finalmente, que no se puede desconocer el gran problema que puede generar el traslado indiscriminado de afiliados que excusando en presuntas faltas del deber de información de las administradoras de pensiones pretenden acceder a una prestación en el RPM (*min. 01:40:19, archivo "19AudienciaVirtualSentencia"*).

El apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación. Afirmó que las sumas correspondientes a los gastos de administración que se ordenan trasladar tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por esa AFP, dineros que ya fueron invertidos y no se encuentran en su poder; que en caso de que se ordene retornar todos los rendimientos financieros será necesario que se autorice el descuento de las restituciones mutuas, de

lo contrario constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPM; y que es improcedente la condena por indexación, puesto que con el reintegro de los rendimientos estos superan con creces dicho concepto (*min. 01:45:34, archivo “19AudienciaVirtualSentencia”*).

Y el apoderado de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación para que se revoquen las condenas impuestas a ese fondo. Como sustento de la alzada señaló que el traslado de régimen pensional no fue realizado a través de dicha administradora; que al momento de la vinculación los asesores comerciales brindaron al demandante una asesoría integral y completa, respecto de las características y funcionamiento del RAIS; sobre la devolución de la prima de seguro previsional aseguró que al declararse la ineficacia deja sin efecto el contrato entre la AFP y la aseguradora ante la ausencia de interés asegurable, por lo que le corresponde a la aseguradora restituir las primas percibidas; respecto de los gastos de administración precisó que estos no hacen parte de la cuenta de ahorro individual sino que corresponde a la AFP por disposición legal, por lo que su devolución generarían un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, quien no realizó gestión alguna de la cuenta de ahorro individual, además constituirían un doble pago al tener que restituirse los rendimientos financieros (*min. 01:49:07, archivo “19AudienciaVirtualSentencia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la doctora Camila Soler Sánchez, identificada con C.C. No. 1.014.290.875 y T.P. 352.159 del CSJ, allegó documental que la acredita como abogada inscrita en la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., apoderada principal de **PORVENIR**, motivo por el cual se le reconoce dicha condición para actuar como apoderada de dicho fondo de pensiones, y en el escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la

alzada. En el mismo sentido elevó solicitud la apoderada general de **COLFONDOS**.

Si bien se allegó alegaciones por parte de **COLPENSIONES**, quien suscribe la misma no acreditó la calidad para actuar en nombre y representación de dicha entidad.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspecto fácticos: **i) JULIAN ANTONIO ELJACH PACHECO** nació el 05 de noviembre de 1955 y se afilió al ISS a partir de septiembre de 1986 (*pág. 29 y 30, archivo “01DemandaAnexos”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR** el 03 de abril de 1998, con efectividad a partir del 1° de junio siguiente (*pág. 31, 33 y 34, archivo “06ContestacionDemandaPorvenir”*); **iii)** posteriormente realizó traslado horizontal en el RAIS a **COLFONDOS** el 23 de octubre de 2002, con efectividad a partir del 1° de diciembre del mismo año, donde permanece vinculado actualmente (*pág. 97 y 98, archivo “07ContestacionDemandaColfondos”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia,

mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el

asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio indicó que los asesores de la AFP le informaron que el ISS se iba a acabar y que por eso debía pasarse a un fondo privado, pero no entregó información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, ya que en este caso no se trata de un traslado

de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta los argumentos expuestos en la alzada por **COLFONDOS** y **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia no es clara en disponer la devolución total de los conceptos referidos en precedencia, se modificará la sentencia en este aspecto.

Se precisa, que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los efectos patrimoniales de la ineficacia del traslado pensional por omisión de las obligaciones de información y buen consejo los debe asumir la AFP con cargo a sus propios recursos (CSJ SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras). Así las cosas, son las AFP quienes deben asumir con cargo a sus propios recursos el perjuicio económico de retornar el afiliado al RPM, por lo que no son de recibo los fundamentos invocados en la alzada por parte de **COLFONDOS**.

Por otra parte, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará esta parte de la sentencia.

No obstante, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Además, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros

términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

Además, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión. Tampoco puede ser objeto de prescripción los gastos de administración y demás conceptos descontados de la cuenta de ahorro individual del actor, en la medida en que el aporte debe regresarse completo al RPM.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por JULIAN ANTONIO ELJACH PACHECO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 03 de abril de 1998*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR** y **COLFONDOS** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado en dichas Sociedades, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

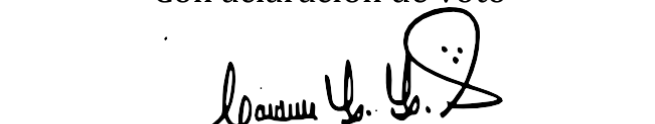
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JULIAN ANTONIO ELJACH PACHECO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2019 00804 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.21-2017-00082-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante **MARIA OFELIA FERNANDEZ MARTINEZ** contra la sentencia del 14 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones (*min. 49:09, “61Audiencia20220914”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARIA OFELIA FERNANDEZ MARTINEZ llamó a juicio a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ SALA DE DECISION** con el fin de que se deje sin efecto y validez parcial el dictamen No. 20796409-8146 respecto de la fecha de estructuración y el origen; en consecuencia, ordenar a la demandada a modificar dicha calificación estableciendo que las patologías son de origen laboral, teniendo como fecha de estructuración el 5 de febrero de

2011, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones básicamente en que prestó sus servicios como auxiliar de enfermería durante 16 años en el Hospital San Rafael del Municipio de Pacho; que el día 07 de agosto de 2009, sufrió accidente de trabajo y producto de ello, presentó lesión de meniscal y trauma rotacional de rodilla derecha, por lo que tuvo que someterse a intervención quirúrgica en el año 2011, con evolución posterior hacia la anquilosis en comorbilidad con trastorno depresivo, con rigidez de rodilla y uso prolongado de muletas como apoyo de desplazamiento desde la fecha del accidente: que tal lesión fue calificada por la EPS y ARL como de origen laboral, pero al existir controversia respecto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 07 de junio de 2013 calificó el trastorno depresivo recurrente no especificado con 39,90% de PCL originado en accidente de trabajo con fecha de estructuración del 28 de mayo de 2013; decisión contra la cual se presentaron los recursos de ley por lo que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez declaró su condición como causalgia, trastorno depresivo recurrente no especificado con una pérdida de capacidad laboral de 40,40%, confirmando el origen y la fecha de estructuración.

Manifestó que solicitó la revisión del dictamen y la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 13 de noviembre de 2015 determinó una pérdida de capacidad laboral del 53,32% con fecha de estructuración el 19 de marzo de 2015 y de origen común, por los diagnósticos de trastorno mixto de ansiedad y depresión, síndrome del túnel carpiano, causalgia, síndrome del manguito rotario, epicondilitis media, otras sinovitis y tenosinovitis, epicondilitis lateral, calambres y espasmos, decisión que fue recurrida y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante Dictamen No. 20796409-8146 del 5 de mayo de 2016 confirmó el origen de las patologías y estableció

como fecha de estructuración el 28 de abril de 2016, por ser la calificación integral.

Señaló que al momento de la calificación la Junta incurrió en error normativo al calificar el origen de la enfermedad con fundamento en el Decreto 2566 de 2009 y no con el Decreto 1477 de 2014; que las enfermedades padecidas a nivel de hombros, codos y muñecas se asocian única y exclusivamente al uso de muletas, pues con anterioridad a la ocurrencia del accidente no había padecido ese tipo de lesiones; finalmente, que desde el año 2011 no ha podido laborar debido a su grave e inhabilitante condición de salud (*pág. 5 a 25, archivo “01Expediente2017-082”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el accidente de trabajo, los procedimientos realizados, la calificación adelantada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, el dictamen emitido por esa entidad y las valoraciones médicas. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso como excepción previa la *falta de integración de litis consorcio necesario respecto a las administradoras de riesgos laborales y de fondo de pensiones* y como de mérito las excepciones de *legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez*; improcedencia del *petitum*: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen - carga de la prueba a cargo del contradictor; legalidad de la calificación: fundamentación médica de la fecha de estructuración de la invalidez; la calificación de la fecha de estructuración de la invalidez debe fundamentarse en criterios médicos-técnicos-científicos; inexistencia de obligación a cargo de la Junta Nacional: inexistencia de pretensiones - competencia del juez laboral; buena fe de la parte demandada y la innominada o genérica (*pág. 112 a 146, archivo “01Expediente2017-082”*).

Mediante auto del 7 de noviembre de 2017, se ordenó vincular como litisconsortes necesarios a **COLMENA VIDA Y RIESGOS LABORALES** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** (pág. 177, archivo “01Expediente2017-082”).

COLMENA SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló la excepción de falta de legitimación por pasiva (pág. 206 a 219, archivo “01Expediente2017-082”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el accidente de trabajo, los procedimientos realizados, la expedición de los dictámenes y señaló que los demás hechos no eran ciertos no le constaban. Formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y la obligación*, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (pág. 351 a 357, archivo “01Expediente2017-082”).

En audiencia del 10 de septiembre de 2018, se negó la práctica de un dictamen pericial solicitado por la parte actora (pág. 408 a 410, archivo “01Expediente2017-082”) decisión que fue recurrida y en sede de segunda instancia confirmada por esta Corporación el 04 de octubre de 2018 (pág. 408 a 410, archivo “01Expediente2017-082” y archivo “04Cd3Folio372”).

En providencia del 6 de julio de 2021, se ordenó vincular como litisconsorcios necesarios a **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD - NUEVA EPS S.A.S, MEDIMÁS E.P.S. S.A.S y CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN** (pág. 1 a 4, archivo “10AutoOrdenaVincular”).

CAFESALUD EPS, hoy liquidada, se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, las valoraciones médicas y los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, declaró que

los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló la excepción de imposibilidad de continuar con la atención de la demandante (pág. 2 a 7, archivo “13ContestacionDemandaCafesalud”).

NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD NUEVA EPS S.A.

se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, inexistencia de la obligación en cabeza de Nueva EPS, cumplimiento de Nueva EPS de los tramites y órdenes para efectuar la calificación de enfermedad de la demandante y la innominada o genérica (pág. 3 a 19, archivo “15ContestacionDemandaNuevaEps”).

En auto del 1 de abril de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por **MEDIMAS EPS S.A.S.** (pág. 1 a 4, archivo “17AutoTieneContestadaFijaFecha”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 49:09, “61Audiencia20220914”)

El 14 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO:** NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la señora MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ con la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. **SEGUNDO:** NO IMPONER CONDENA frente a las vinculadas COMPAÑÍA DE SEGUROS COLMENA S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD LIQUIDADA, NUEVA EPS EMPRESA PROMOTORA DE SALUD y MEDIMÁS E.P.S. S.A.S. **TERCERO:** DECLARAR probadas parcialmente las excepciones de legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, - carga de la prueba a cargo del contradictor y las que se señalaron en la parte motiva propuestas por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Falta de causa y firmeza de los dictámenes propuesta por la COMPAÑÍA DE SEGUROS COLMENA S.A. Inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por COLPENSIONES. Inexistencia de la obligación propuesta por la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. **CUARTO:** CONDENAR EN COSTAS a la demandante y a favor de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Líquidense por

*Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000. **QUINTO:** NO IMPONER COSTAS frente a las vinculadas COMPAÑÍA DE SEGUROS COLMENA, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD LIQUIDADA, NUEVA EPS EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. y MEDIMÁS E.P.S. **SEXTO:** CONSÚLTESE esta decisión con el Superior, por ser adversa a los intereses de la parte demandante (...).*

Como sustento de la decisión la Juez advirtió que los jueces, frente a la determinación del origen y fecha de estructuración, están revestidos de amplias facultades discrecionales que les permite evaluar a cabalidad cada una de las pruebas del proceso y las que pueda decretar de oficio con la finalidad de fallar conforme a las reglas de la sana crítica y de la experiencia. Para el caso en concreto, encontró contradicciones en lo señalado por el doctor Ricardo Álvarez Cubillos, pues no hay suficientes exámenes clínicos para dar credibilidad a su dicho tampoco elementos que permitan determinar el nexo causal de las patologías de la demandante con el uso de las muletas. Frente a la fecha de estructuración precisó que solo se fija cuando la persona alcanza la pérdida de capacidad laboral y en este caso en el año 2016 se efectuó la integración de las patologías de origen común y laboral, generando una pérdida de su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, sin que exista elemento de prueba que permita inferir una fecha con anterioridad, como la reclamada en la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el fin de que se revoque la sentencia y, en su lugar, se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda. Adujo que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez incurrió en error normativo al basar la decisión de su dictamen en el Decreto 2566 del año 2009 y en el Decreto 917 de 1999 desconociendo que para la fecha se encontraba vigente el Decreto 1477 de 2014 que consagra en el grupo 12 enfermedades del sistema musculoesquelético y tejido conjuntivo para lesiones de miembros superiores como las padecidas por la demandante tales como el síndrome del túnel carpiano, síndrome de

manguito rotatorio, calambres, entre otras patologías, de forma continua desde el 5 de febrero del año 2011 y ha sido sometida a múltiples tratamientos quirúrgicos son lesiones asociadas únicamente y exclusivamente al uso de las muletas.

Señaló que se aportó al expediente el diagnóstico de fisiatría del 13 de junio de 2015 donde se consigna que la paciente se encuentra incapacitada de forma continua desde el 5 de febrero del año 2011 y ha sido sometida a múltiples tratamientos quirúrgicos, que le generan una severa limitación para la marcha la cual realiza con muletas. Indicó que no hay que darle credibilidad a las testimoniales de los médicos por encontrar contradicciones entre lo que se afirma en el interrogatorio y el contenido en las documentales de los dictámenes.

En cuanto a la relación de causalidad entre las patologías de lesión de miembro superior con el origen laboral considera que el deterioro del estado de salud de la actora fue progresivo y no a partir del accidente de trabajo como lo indicó la Junta Regional y la Junta Nacional sino a partir de los años venideros como secuelas propias del accidente de trabajo ya que las muletas las empezó a utilizar producto de dicho accidente y que no pudo seguir laborando debido a la incapacidad laboral permanente y las múltiples limitaciones físicas, tanto que con anterioridad a la fecha de ocurrencia del accidente de trabajo la demandante nunca había padecido las lesiones calificadas como de origen común, las cuales reitera se deben calificar como laborales.

Por otro lado, en lo referente a la fecha de estructuración, expresó que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el estado invalidante de un trabajador se da a partir del momento en que le sea imposible prestar su fuerza laboral, en este caso desde el 5 de marzo de 2011 la actora no ha prestado sus servicios o como mínimo desde el 1° de marzo del año 2011 fecha en que se le realizó la intervención quirúrgica ya que es la fecha en que la demandante no pudo volver a laborar por encontrarse totalmente invalidada para prestar

personalmente sus servicios y cualquier tipo de vínculo contractual (Min. 51:06, “61Audiencia20220914”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **COLPENSIONES, NUEVA EPS S.A., CAFESALUD** hoy liquidada y **COLMENA** solicitaron la confirmación del fallo de primera instancia.

Se reconoce como apoderada de **NUEVA EPS S.A.** a la doctora Yessica Paola Collazos Rubio, identificada con C.C. No.1.018.450.089 y T.P. No.278.256 del CSJ. A su vez, se reconoce a la doctora Jenny Paola Sandoval Pulido, identificada con C.C. No. 39.804.256 y T.P. No. 246.058 del CSJ, como apoderada de ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S, quien actúa como mandataria con representación de **CAFESALUD EPS S.A.** hoy liquidada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si procede la modificación del dictamen No.20796409-8146 de fecha 5 de mayo de 2016 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en lo relacionado con el origen de la pérdida de la capacidad laboral de la demandante y la fecha de estructuración, conforme lo planteado en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) MARIA OFELIA FERNANDEZ MARTINEZ** sufrió un accidente de trabajo el 07 de agosto de 2009 que le generó secuelas de lesión meniscal y condromalacia en su rodilla derecha (*pág. 27 a 29 y 232, archivo “01Expediente2017-082”*); **ii)** en dictamen del 17 de abril de 2013, **COLMENA VIDA Y RIESGOS PROFESIONALES** calificó a la demandante con una PCL del 36.40%, de origen accidente trabajo (*pág. 232, archivo “01Expediente2017-082”*); **iii)** la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ en dictamen del 07 de junio de 2013, le estableció a la actora una PCL del 39,90%, de origen accidente de trabajo, con fecha de estructuración del 28 de mayo de 2013, por los diagnósticos de *secuelas de lesión compleja de rodilla derecha y trastorno depresivo secundario* (*pág. 234 a 240, archivo “01Expediente2017-082”*); **iv)** la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por **MARIA OFELIA FERNANDEZ MARTINEZ**, en dictamen del 23 de octubre de 2013 determinó una PCL del 40,40% de origen laboral (*pág. 241 a 244, archivo “01Expediente2017-082”*). **v)** el 04 de diciembre de 2013, **COLMENA** le pagó a la accionante la suma de \$11.495.250 por concepto incapacidad permanente parcial (*pág. 251 y 252, archivo “01Expediente2017-082”*); **vi)** el 11 de junio de 2015 **MARIA OFELIA FERNANDEZ MARTINEZ** presentó solicitud de revisión de su pérdida de capacidad laboral (*pág. 64 a 75, archivo “01Expediente2017-082”*); **vii)** la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ profirió el dictamen No.78828 del 13 de noviembre de 2015 donde estableció, como calificación integral, una PCL del 53,32% de origen común con fecha de estructuración del 19 de marzo de 2015, por los diagnósticos de *trastorno mixto de ansiedad y depresión, síndrome del túnel carpiano, causalgia, otras sinovitis y tenosinovitis, síndrome de manguito rotatorio y epicondilitis media y lateral* (*pág. 75 a 83, archivo “01Expediente2017-082”*); **viii)** recurrida dicha decisión (*pág. 86 a 87, archivo “01Expediente2017-082”*), la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** mediante

dictamen No.20796409-8146 de fecha 5 de mayo de 2016 le calificó a **MARIA OFELIA FERNANDEZ MARTINEZ** una PCL del 53,48%, estructurada el 28 de abril de 2016 donde se determinó que la causalgia de miembro inferior y el trastorno mixto de ansiedad y depresión son de origen laboral y la epicondilitis lateral, epicondilitis media, otras sinovitis y tenosinovitis, síndrome de manguito rotatorio y síndrome del túnel carpiano son de origen común (*pág. 94 a 105, archivo “01Expediente2017-082”*); **ix)** y en prueba pericial ordenada por el *a quo*, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá el 28 de julio de 2020 llegó a la misma conclusión que el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL el 05 de mayo de 2016 (*pág. 464 a 468, archivo “01Expediente2017-082”*).

- **Relevancia constitucional de la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional.**

El artículo 48 constitucional consagró la seguridad social como un derecho irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano. Por lo anterior, la Ley 100 de 1993 reguló el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual incorpora el Sistema General de Pensiones y el Sistema de Riesgos Laborales, que consagran prestaciones asistenciales y económicas ante la pérdida de capacidad laboral y ocupacional del afiliado.

La calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional permite establecer si una persona tiene el derecho a las prestaciones del Sistema General de Pensiones o del Sistema de Riesgos Laborales, al definir el porcentaje de afectación en sus habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social necesarias para desarrollar una actividad productiva y las actividades de la vida cotidiana y ocupacional, el origen de las mismas y la fecha de estructuración de tal pérdida.

Por su importancia, el trámite de calificación de pérdida laboral y ocupacional está regulado normativamente. El artículo 250 de la Ley

100 de 1993, dispone que sus reglas y procedimientos son iguales sin consideración del origen del padecimiento; a su vez, el artículo 41 *ibidem* consagra el trámite de calificación, en primera oportunidad y en doble instancia, define las entidades responsables de llevarlas a cabo y los medios de defensa judicial para resolver las controversias que surjan.

La H. Corte Constitucional, en la sentencia T-876 de 2013 reconoció el derecho de toda persona a la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, por ser ésta el medio para establecer a qué tipo de prestaciones puede acceder el afiliado como resultado de la enfermedad o accidente generado por su actividad laboral productiva o por causas comunes, por lo que la vulneración del derecho a la calificación compromete la efectividad de otros derechos, como lo son la seguridad social, derecho a la vida digna y al mínimo vital, los cuales se trasgreden si: i) se niega el derecho a la valoración; ii) se incurre en una dilación injustificada de la misma; iii) no se observan los preceptos legales que regulan la valoración de la pérdida de la capacidad laboral.

En la sentencia T-427 de 2018 la Alta Corte reafirmó el derecho a la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional y que todo acto tendiente a dilatar o negar injustificadamente su realización es contrario a la Constitución. Por su parte, en la sentencia T-257 de 2019 se indicó que el derecho a la calificación impone el respeto estricto de las condiciones normativas que regulan dicho trámite, so pena de afectar el derecho fundamental al debido proceso.

Por su parte, en la sentencia C-425 de 2005, se declaró inexecutable el Parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, por permitir que un individuo materialmente inválido no lo fuera formalmente pese a sufrir un grado de incapacidad igual o mayor al 50% siendo privado de su derecho a la seguridad social. A su vez, en la sentencia T-518 de 2011, estableció que la determinación de la

situación de invalidez implica la sumatoria de patologías tanto de origen común como de origen laboral, en los siguientes términos:

“..Aunque en la Sentencia C-425 de 2005 la Corte no hizo un pronunciamiento expreso sobre el particular, es claro que cuando, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, una persona que tenía una pérdida de capacidad laboral preexistente, de cualquier origen, llega a un porcentaje superior al 50% de pérdida de la capacidad laboral, debe asumirse que se trata de un evento de origen profesional, y, por consiguiente, la fecha de estructuración debe fijarse a partir de los componentes profesionales de la discapacidad, y el régimen de la invalidez es el propio del sistema general de riesgos profesionales.

Cuando ocurre el fenómeno contrario, esto es, cuando como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, una persona sufre una pérdida permanente de capacidad laboral inferior al 50% y luego, por factores de origen común ajenos a los factores profesionales ya calificados, ese porcentaje asciende a más del 50%, la fecha de estructuración debe fijarse a partir de la que genera en el individuo una pérdida de su capacidad laboral en forma permanente y definitiva y, en este caso, el régimen aplicable será el común.

De este modo se tiene que, cuando sea preciso calificar la pérdida de capacidad laboral de una persona, las entidades competentes deberán, en todo caso, proceder a hacer una valoración integral, que comprenda tanto los factores de origen común como los de índole profesional.

Cuando concurren eventos de una y otra naturaleza -común y profesional- en la determinación de la pérdida de capacidad laboral que conduzca a una pensión de invalidez, para establecer el origen y la fecha de estructuración, se atenderá al factor que, cronológicamente, sea determinante de que la persona llegue al porcentaje de invalidez.

Cuando se trate de factores que se desarrollen simultáneamente, para determinar el origen y la fecha de estructuración se atenderá al factor de mayor peso porcentual...”

Posteriormente, la sentencia T-046 de 2019 concluyó que es razonable la valoración integral de todos los aspectos clínicos y laborales en la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional y la sentencia C-120 de 2020 estableció que la reglamentación para fijar la pérdida de capacidad laboral, adoptada desde el Decreto Ley 692 de 1995 y actualmente consignada en el Decreto 1507 de 2014, acoge el principio de valoración integral. Recientemente, la sentencia T-250 de 2022 reiteró el derecho a la

calificación de pérdida de capacidad laboral y afirmó que protege otros derechos fundamentales, siendo vulnerado por negarse la valoración, por negar la actualización o por la demora injustificada no imputable al sujeto interesado; a su vez, la inobservancia de los preceptos legales que regulan la valoración de la pérdida de capacidad laboral y la negativa de las entidades obligadas a realizar la valoración de la persona cuando su situación de salud lo requiere, trasgreden el derecho a la seguridad social y se erigen en obstáculos para el goce de las garantías fundamentales a la salud, la vida digna y el mínimo vital, al impedir determinar el origen de la afección y el nivel de alteración de la salud y de la pérdida de capacidad laboral del trabajador o del usuario del sistema, lo cual impiden reconocer los derechos que eventualmente podría reclamar el afectado.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el estado de invalidez de un trabajador se puede establecer mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, pero no significa que los dictámenes sean intocables y únicos, pues en modo alguno dichos dictámenes tienen la virtud de resolver de manera definitiva las controversias surgidas en torno al grado de invalidez ni de producir efectos de cosa juzgada (SL3992-2019, SL2349 de 2021).

Igualmente, la misma Corporación ha advertido que para determinar la condición de invalidez de una persona, pueden coexistir 3 tipos de solicitudes de calificación que surten un mismo procedimiento -*calificación en primera oportunidad y calificaciones de instancia*-, respecto de las cuales varía su denominación, así: (i) calificación inicial de pérdida de la capacidad laboral; (ii) revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la invalidez, y (iii) calificación integral de la invalidez. Por ello, dice la Corte, adoptando el criterio establecido por Corte Constitucional en la sentencia T-518 de 2011, que dada la evolución de las patologías, la aparición de nuevos diagnósticos de un mismo origen o de una génesis diversa,

pueda no solo determinarse en forma inicial un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino también revisarse en el sistema de seguridad social o por vía judicial una calificación que ya está en firme o realizarse una *calificación integral* que incluya factores comunes y laborales, con el fin de dictaminar la situación material de invalidez de una persona, lo anterior, con las características propias que supone cada uno de estos trámites de calificación (SL526- 2012, SL1987-2019 y SL3008-2022).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio no existe controversia respecto de la fecha de ocurrencia del accidente de trabajo, así como las patologías que sufre la actora y el porcentaje de pérdida de capacidad. Respecto de las lesiones que se presentaron en miembros superiores es donde se concentra el caso bajo estudio para determinar su origen y fecha de estructuración de la invalidez.

Para ello, en primera medida, conforme con lo expuesto por los médicos en las respectivas declaraciones, no existe duda respecto a que las lesiones de miembros superiores no tienen una relación de causalidad con el accidente laboral debido a que se presentaron con posterioridad a la cesación de actividades laborales de la parte actora al haber sido incapacitada de manera permanente y que según la literatura científica no hay hipótesis posible que permita afirmar que existe relación de causalidad en las lesiones de miembros superiores para tipificarlas como de origen laboral.

Con ese propósito, la Sala se remite a lo señalado en audiencia pública por los citados profesionales de la salud. El doctor Lisímaco Humberto Gómez Adaime afirmó que *“No hubo exposición a riesgo ergonómico...No se tuvieron elementos patológicos que pudieran permitir llegar a esa conclusión porque el uso de muletas está asociado a lesiones del sistema periférico nervio radial”* (min 2:12:29” 57Audiencia20220912ParteI”); el doctor Ricardo Álvarez Cubillos, al

explicar el proceso degenerativo articular, señaló “ *el hecho de nacer y generar una parte evolutiva en el tiempo va degenerando los diferentes órganos y sistemas que componen nuestro ser, ese proceso puede verse afectado por distintas cuestiones, uso de elementos que no son los normales*” (min 1:12:08” 57Audiencia20220912ParteI”); la doctora Sandra Fabiola Franco Barrero precisó que “*es claro que se utilizan de manera habitual pero no las utilizaba en la frecuencia y tiempo suficiente*” (min 1:35:22” 57Audiencia20220912ParteI”) y el doctor José Daniel González Duque afirmó “*La gammagrafía tomada en 2 oportunidades el 2 de enero y el 8 de marzo de 2012 evidencian proceso degenerativo articular sistémico que compromete las grandes y pequeñas articulaciones... sí es un proceso degenerativo propio del individuo, una enfermedad autoinmune degenerativa de unas condiciones propias del individuo del sistema musculoesquelético y entonces es un proceso inflamatorio que compromete tanto miembros superiores como miembros inferiores, si fuera por el uso de las muletas nos estaríamos remitiendo solo a miembros superiores entonces no habría explicación para que aparecieran procesos degenerativos de cadera y de rodillas...*” (min 0:52” 57Audiencia20220912ParteII”).

Nótese que dichas manifestaciones se encuentran acordes con la prueba documental aportado al expediente. En este caso, el uso de las muletas por parte de **MARIA OFELIA FERNANDEZ MARTINEZ** fueron utilizadas de forma permanente a partir de la cirugía de remodelación meniscal de rodilla practicada el 1° de marzo de 2011, dada la gravedad de la patología de difícil recuperación, según epicrisis consignada en la consulta realizada el 17 de febrero de 2012 (pág. 30, archivo “01Expediente2017-082”). Los resultados de la prueba de gammagrafía ósea, llevada a cabo los días 02 de enero de 2012 y 08 de marzo de 2012, advierten que se presentaba para ese momento una inflamación en hombros y manos causados por enfermedad degenerativa (pág. 466, archivo “01Expediente2017-082”). Y Solo hasta el año 2013 se remontan clínicamente, más allá de los cuadros inflamatorios antes citados, los primeros síntomas de afectación en los miembros

superiores reportados por la paciente, según resumen de valoración por neurología del 16 de junio de 2015.

Es decir, ninguna de las valoraciones médicas y procedimientos clínicos practicados a la demandante, dan cuenta que el origen de las patologías que afectan los miembros superiores tenga siquiera relación alguna con las actividades laborales que desarrollaba como enfermera. Tampoco que la aparición de las nuevas enfermedades tenga su origen en el accidente de trabajo. Incluso, si se acepta que el uso del dispositivo ortopédico, como las muletas, fue fundamental para el desplazamiento de la accionante, luego de ocurrido el accidente de trabajo, por ese solo hecho no se puede catalogar que las patologías de miembros superiores que aparecieron con posterioridad tengan que ser calificadas como laborales.

No desconoce la Sala que el uso prolongado de las muletas le generó a la demandante el desarrollo agudo de la sintomatología de tipo sistémico, lo que supuso una sobrecarga de las articulaciones ya afectadas con una enfermedad degenerativa, como se deduce de la declaración del médico José Daniel González Duque (*min 0:52” 57Audiencia20220912ParteII*). Sin embargo, se itera, la relación de causalidad entre los diagnósticos de origen laboral como de origen común no se hayan presentes en este juicio.

Y aun cuando la discusión del apoderado actor la edifica sobre la aplicación de la tabla de enfermedades laborales, Decreto 2566 de 2009 o Decreto 1477 de 2014, lo cierto es que la evidencia científica descarta la relación de causalidad entre las lesiones de miembros superiores con el accidente de trabajo al tratarse de una enfermedad de tipo degenerativo de la demandante. En gracia de discusión, de aplicarse el Decreto 1477 de 2014, los presupuestos facticos de la relación de causalidad (artículos 2° y 3°) no se cumplen puesto que no se demostró un factor de riesgo a la que **MARIA OFELIA FERNANDEZ MARTINEZ** estuviera expuesta en el trabajo que derivaran en la aparición de las enfermedades de sus miembros superiores, lo que

descarta no solo los argumentos elevados en la alzada, sino los expuestos por el testigo doctor Ricardo Álvarez Cubillos (*min 1:12:08” 57Audiencia20220912ParteI*”).

Además, no se puede olvidar que al realizarse la calificación integral en el año 2016 la pérdida de capacidad laboral de **MARIA OFELIA FERNANDEZ MARTINEZ** superior al 50% se generó con ocasión de la aparición de nuevas patologías de carácter común, luego la conclusión no podía ser distinta a ese origen, en aplicación del precedente de la Corte Constitucional (T-518-2011), acogido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL526-2012, SL1987-2019 y SL3008-2022)

Bajo el anterior análisis, el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL el 05 de mayo de 2016, sobre el cual recae la controversia, es claro en manifestar las razones por las cuales procedía realizar una calificación integral y el origen de las enfermedades de miembros superiores, sin que existan elementos suficientes para modificar dicha determinación, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia.

Ahora bien, respecto a la fecha de estructuración la Sala advierte que no puede fijarse el día de la ocurrencia del accidente laboral, tampoco la fecha de la cirugía de rodilla (1° de marzo de 2011) ni la fecha establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá (19 de marzo de 2015), no solo porque los diagnósticos relacionados con los miembros superiores son de origen común y los primeros síntomas de dichas enfermedades se hicieron evidentes a partir del año 2013, sino porque el tratamiento de dichas dolencias no había terminado el 19 de marzo de 2015, según valoración de fisioterapia de la misma fecha (*pág. 97, archivo “01Expediente2017-082”*), aspecto ratificado en la última valoración por esa especialidad (09 de abril de 2016), donde se señaló que “*no considero que se beneficie de ningún manejo invasivo o de RHB adicional. Debe continuar el manejo del dolor del dolor crónico en consulta de Fisiatría*” (*pág. 99, archivo “01Expediente2017-082”*).

En tal sentido, la última valoración integral de estas patologías la realizó la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 27 de abril de 2016, por lo que no es desacertado fijar ese día como fecha de estructuración. Mal haría la Sala en determinar como fecha de estructuración tiempo anterior a esta última valoración, ya que no se tendría en cuenta los conceptos y la evolución médica de la parte actora, aspectos que incluso lo indicaron los médicos que rindieron testimonio, como por ejemplo Sandra Fabiola Franco Barrero (*min 1:35:22” 57Audiencia20220912ParteI*”), Lisímaco Humberto Gómez Adaime (*min 2:12:29” 57Audiencia20220912ParteI*”) y José Daniel González Duque “(*min 0:52” 57Audiencia20220912ParteII*)”.

En conclusión, luego de revisar y analizar cada uno de los documentos aportados al plenario, la Sala no encuentra elemento persuasivo que conlleve a la modificación del dictamen, en la medida en que ninguno de ellos tiene la suficiente fuerza para destruir las conclusiones medico científicas a las que arribó el ente calificador, motivos suficientes para confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 22-2021-00280-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de la **DEMANDANTE**, contra la sentencia del 09 de agosto de 2023, que declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora (min. 16:30 archivo “27ContinuacionAudienciaArt80”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 15 archivo “01DemandaAnexos”).**

LIGIA PRIETO llamó a juicio a la **UGPP**, con el fin de que se declare que la terminación de la relación laboral que sostuvo con TELECOM fue injusta por no encontrarse enlistada como justa causa en el Decreto 2127 de 1945; en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión sanción o de jubilación por despido injusto a partir del 01 de abril de 1995, junto con la indemnización por despido sin justa causa comprobada, indemnización moratoria, indexación, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que mediante escrito radicado el 07 de junio de 2019, solicitó a la demandada el reconocimiento del derecho a la pensión sanción o de jubilación por despido injusto, petición negada a través de Resolución No. RDP 029120 del 26 de septiembre de 2019, aduciéndose un retiro voluntario y el pago de aportes para pensión efectuados a CAPRECOM por parte de TELECOM.

Dijo, que reclama la prestación social por cuanto laboró al servicio de TELECOM entre el 16 de septiembre de 1983 y hasta el 01 de abril de 1995, para un total de 11 años, 06 meses y 15 días, nació el 21 de junio de 1954, por lo que arribó a los 50 años de edad el mismo día y mes del año 2004 y para el 10 de febrero de 1995, fecha en que suscribió el Acta de audiencia pública de conciliación No. 010, por la cual se acogió al plan de retiro voluntario ofrecido por la Junta Directiva de la empresa, ya tenía cumplido el tiempo de servicio pero no la edad, pues para esa fecha contaba tan solo con 41 años.

Para finalizar, agregó que el cierre de la empresa es una terminación legal pero no implica que sea justa.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 46 a 56 archivo “13ContestacionUgpp”).**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la norma aplicable en este caso es la ley 100 de 1993, por ser la vigente al momento de terminación de la relación laboral, que TELECOM tenía afiliada a la demandante a seguridad social y el retiro de ésta se dio por mutuo acuerdo. Aceptó los hechos relativos a la reclamación administrativa presentada por la demandante, la negativa al reconocimiento pensional, el tiempo de servicios prestados a TELECOM y la edad. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 0:09 archivo “27ContinuacionAudienciaArt80”).

El 09 de agosto de 2023, el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(...) PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido y como consecuencia, se absuelve a la demandada UGPP, de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por la demandante, señora LIGIA PRIETO, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: COSTAS a cargo del demandante y

*en favor de la demandada, en la suma de \$500.000, de conformidad con el art. 365 del C.G.P. **TERCERO:** En caso de no ser apelada la decisión, **CONSÚLTESE**, la presente decisión ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (...)*”

El Juzgado fijó como problema jurídico, establecer las causas de la terminación del vínculo que unió a la demandante con la extinta TELECOM. En segundo lugar, establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción por despido injusto e igualmente si tiene derecho a la indemnización por despido injusto, al pago de la indemnización moratoria, intereses y demás pretensiones indicadas en el libelo introductor.

Para resolver, la Juez indicó que solo hasta el momento de sus alegatos de conclusión la parte demandante señaló que el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes carece de validez, situación que constituye un hecho nuevo por cuanto no fue planteado en la demanda y, por ende, no fue objeto de pronunciamiento por la demandada, y por el contrario, en el escrito de demanda aceptó el mismo, por lo que el Juzgado no puede abordar el estudio de tal aspecto.

Por otro lado, señaló que el 10 de febrero de 1995 entre las partes se suscribió un acta de conciliación, en la que se consignó que la demandante aceptaba de manera libre el plan de retiro voluntario que ofreció el extinto TELECOM, como consecuencia de lo anterior, manifestaron su voluntad de terminar el contrato de trabajo por un mutuo acuerdo a partir del 31 de marzo de 1995, así como que la actora recibiría una suma de dinero, documento que fue aportado por la demandante y que no fue tachado ni desconocido por la demandada; también milita certificación de periodos de vinculación laboral para bonos de pensiones expedido por el MINISTERIO DE HACIENDA, en el cual se indica que la actora laboró como jefe de oficina I del 16 de septiembre de 1983 al 31 de marzo de 1995 y que para la fecha de terminación del vínculo se encontraba afiliada a CAPRECOM, caja o fondo a la cual le realizaron aportes a seguridad social, entidad que ordenó el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor de la actora. Sobre la pensión sanción, señaló que conforme el criterio de la H. CSJ Sala Laboral, la norma llamada a regir la pensión sanción de jubilación es la vigente a la fecha en la que finalice la relación laboral, por lo que como

el contrato de la demandante culminó el 31 de marzo de 1995, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 133 de la ley 100 de 1993, evidenciándose que la accionante fue afiliada a CAPRECOM y se realizaron los aportes en pensión por el aportante TELECOM del 01 de abril de 1994 al 31 de marzo de 1995, sin que la demandante desconozca la afiliación a seguridad social realizada por su ex empleador ni los aportes realizados en dicha condición por cuanto reclamó el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que no se configuró la omisión de la afiliación, supuesto necesario para acceder a la pensión solicitada, así como tampoco se cumple con el requisito de terminación de la relación laboral unilateral de la demandada sin justa causa, por cuanto la misma se dio por mutuo acuerdo.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 17:19 archivo “27ContinuacionAudienciaArt80”)

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, tras considerar que la misma desconoce el precedente jurisprudencial de la sentencia SL3280-2021, SU143-2020 y SL761-2021, así como también en los procesos con radicados 7600131050132021002601 y 76001310501720160060601 del Tribunal Superior de Cali, en donde se ha accedido a las pretensiones y se ha concedido la pensión sanción en situaciones análogas a las de su poderdante.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos de la apelación y adicionando que el acuerdo de plan de retiro voluntario ofrecido por TELECOM, al cual se acogió su poderdante, se encuentra viciado, por cuanto el deseo de la trabajadora era seguir vinculada laboralmente y si bien en la demanda primigenia no se solicitó la anulabilidad del acta de conciliación No. 010 del MINISTERIO DE TRABAJO DE CAQUETÁ de fecha 14 de febrero de 1995, el juez podría restarle validez a los actos en los cuales se negocien derechos ciertos e indiscutibles, como lo fue en este caso; asimismo, insistió en que la terminación del contrato por el cierre o clausura de la empresa es legal pero no justa e hizo alusión a la normatividad que rige la pensión sanción,

reclamando la prestación a la luz de la ley 171 de 1961 y del Decreto 1849 de 1969, o en su defecto de la ley 100 de 1993, por lo que solicita revocar la decisión de primer grado y, en su lugar, acceder al reconocimiento y pago de la pensión sanción y de los intereses moratorios.

Por su parte, la apoderada de la **UGPP** pidió la confirmación de la decisión de primer grado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho a la pensión sanción y demás pretensiones reclamadas, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i)** la demandante **LIGIA PRIETO** nació el 21 de junio de 1954 (Pág. 20 a 22 archivo “01DemandaAnexos”); **ii)** la demandante prestó sus servicios para el extinto TELECOM entre el 16 de septiembre de 1983 al 01 de abril de 1995 en el cargo de Jefe Oficina I (Pág. 31 a 40 archivo “01DemandaAnexos”); **iii)** el 07 de junio de 2019, mediante escrito con radicado No. SOP20190105777, la demandante solicitó a la **UGPP** el reconocimiento pensional, petición negada mediante Resolución No. RDP 029120 del 26 de septiembre de 2019 (Pág. 41 a 59 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Contra la anterior decisión, el apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte **DEMANDANTE**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Norma aplicable en pensión sanción.**

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, consagró tanto para trabajadores oficiales como particulares la pensión proporcional de jubilación, en las modalidades de pensión sanción para cuando estos fueren despedidos sin justa causa con más de 10 años de servicio y menos de 20, continuos o discontinuos, y la pensión restringida, cuando se retiraren voluntariamente con más de 15 años y menos de 20 de servicio. Dicha normatividad fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, pero se mantuvo para los trabajadores oficiales, hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que nuevamente se refirió a ambos trabajadores, particular y oficial, ocupándose únicamente de la pensión sanción para los no afiliados al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa fueren despedidos con 10 años o más de servicios.

A la par, debe tenerse en cuenta que ha sido posición pacífica y reiterada de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicar que la norma que debe aplicarse para el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación, es la que se encuentre vigente al momento del despido, tal y como lo ha señalado en múltiples ocasiones, como en sentencia SL7655-2017, radicación No. 53852, del 31 de mayo de 2017.

En ese orden, para establecer la disposición normativa aplicable para el estudio del reconocimiento de la pensión aquí reclamada por la demandante, debe tenerse en cuenta la fecha de desvinculación de aquella, aspecto que como se dijo, no se discute en el *sub lite*.

Bajo tal precepto, como quedó visto desde el inicio de esta sentencia, la terminación del vínculo de la demandante con el extinto TELECOM acaeció el 31 de marzo de 1995, esto es en vigencia de la ley 100 de 1993, y en esa medida, contrario a lo manifestado desde el libelo gestor por el apoderado actor, no puede afirmarse válidamente que la pensión proporcional consagrada en los artículos 8° de la ley 171 de 1961 y 74 del Decreto 1848 de 1969, sigan teniendo aplicación en relación con los

trabajadores oficiales y menos aún con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo se refiere a las pensiones de vejez consagradas en regímenes anteriores, pero para nada se ocupó de las restringidas o especiales de jubilación.

- Pensión sanción en vigencia de la Ley 100 de 1993.

El artículo 133 de la ley 100 de 1993 que subrogó el artículo 267 CST, reza:

“ARTÍCULO 133. PENSIÓN SANCIÓN.

El trabajador no afiliado al sistema general de pensiones, por omisión de empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido...

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido...”

Respecto al tiempo de prestación del servicio, se itera, dicha situación se encuentra debidamente demostrada con la documental que reposa en el expediente, la cual da fe de la prestación del servicio de la señora **LIGIA PRIETO** a favor del extinto TELECOM, por el interregno de tiempo comprendido entre el 16 de septiembre de 1983 al 31 de marzo de 1995, que equivale a 11 años, 06 meses y 15 días (Pág. 31 a 40 archivo “01DemandaAnexos”).

Frente al cumplimiento de la edad como requisito para acceder a la pensión que se trata en el presente asunto, según se desprende de la copia del documento de identidad de la actora, ésta alcanzó la edad de 55 años el día 21 de junio de 2009, por cuanto nació el mismo día y mes del año 1954 (Pág. 20 a 22 archivo “01DemandaAnexos”).

Ahora bien, en lo que atañe al despido injusto, considera el apelante que el acuerdo de terminación de la relación laboral se encuentra viciado, por cuanto el deseo de la trabajadora era seguir vinculada laboralmente y que el juez podría restarle validez a los actos que negocien derechos ciertos

e indiscutibles, mientras que, la accionada en su contestación de demanda alegó que la finalización del vínculo se dio por mutuo acuerdo y no unilateral al haberse acogido la demandante al plan de retiro voluntario.

En el caso de autos, conforme la documental aportada al expediente, se constata que la señora **LIGIA PRIETO** y el apoderado especial de TELECOM celebraron audiencia de conciliación ante el MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DIVISIÓN DEPARTAMENTAL DE TRABAJO INSPECCIÓN REGIONAL de la ciudad de Florencia – Caquetá el 10 de febrero de 1995, elevada a Acta No. 10, con el fin de ratificar la terminación de la relación laboral de común acuerdo, mediante la fórmula conciliatoria acordada que consistió en el reconocimiento a favor de la trabajadora de una suma de \$33.727.901, la cual no será factor de salario y mediante la cual se concilió cualquier pretensión, actual o futura, en materia de salarios, indemnizaciones, reliquidación de acreencias laborales, así como un préstamo de vivienda concedido antes de la terminación de la relación laboral, servicio médico asistencial para el trabajador y sus beneficiarios hasta el 31 de marzo de 1997 a través de CAPRECOM o la entidad prestadora que escoja, continuación del disfrute de los centros recreacionales de TELECOM hasta el 31 de marzo de 1996, auxilios educativos para el trabajador y sus hijos hasta el 31 de diciembre de 1995 y cupos de guarderías infantiles asignados durante el año 1995, declarando a paz y salvo a dicha empresa por todo concepto. (Pág. 23 a 26 archivo “01DemandaAnexos”).

Dicho lo anterior, emerge claramente que la decisión de poner fin a la relación laboral que existió entre la demandante y TELECOM se dio por mutuo consentimiento, acotándose que esta puede provenir bien del empleador o del trabajador, tal como lo ha manifestado nuestro máximo Tribunal, como por ejemplo en sentencia CSJ SL del 03 de mayo de 2005, rad. 23381, reiterado, entre otras, en decisiones del 12 de agosto 2009, rad. 36687 y del 04 de mayo de 2010, rad. 38679¹.

¹ “...en los ordenamientos legales que rigen en el país, para los trabajadores particulares y oficiales, se establece como modos de terminación de los contratos de trabajo el mutuo consentimiento, sin que en los mismos se consagre restricción alguna a esta facultad de las partes (artículo 61 del C. S. del T. y 47 del Decreto 2147 de 1945). Es evidente entonces que la decisión de poner fin a la relación laboral de mutuo consenso puede provenir bien sea del empleador o del trabajador, no importando la causa que la motive puesto que la única exigencia de esa potestad de las partes es la relativa a que su consentimiento no esté viciado por el error, fuerza o dolo.

En ese orden de ideas, se rechazan los argumentos del recurrente, en tanto no puede considerarse que finalizar un contrato de trabajo por mutuo acuerdo, soporte algún desconocimiento de derechos ciertos e indiscutibles, en la medida que esa modalidad de terminación del vínculo laboral está prevista por la ley y además, por cuanto no se demostró en el presente trámite que el consentimiento de la demandante hubiese estado viciado por error, fuerza o dolo, para restarle efecto jurídico a la finalización del vínculo laboral en forma voluntaria, siendo que correspondía a la promotora del proceso, en virtud de la carga de la prueba, acreditar el hecho del despido sin justa causa, lo cual en este caso, no ocurrió.

Cabe agregar, no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o en su defecto, rehusar el ofrecimiento y/o formular nuevas ofertas, tal como se dejó sentado por la H. CSJ Sala Laboral en sentencia de 07 de julio de 2009 con rad. 36728.

Aunado a lo expuesto, al corroborarse que TELECOM afilió a la señora **LIGIA PRIETO** al Régimen de Prima Media administrado por CAPRECOM (Pág. 31 a 40 archivo “01DemandaAnexos”), entidad que mediante Resolución No. 596 de 2012 reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor de la actora (Pág. 38 a 41 archivo “21ExpedienteAdministrativo”), es clara la improcedencia de la pensión reclamada en favor de la accionante, habida consideración que en vigencia del artículo 133 de la ley 100 de 1993, las razones filosóficas de la llamada pensión sanción, en cuanto protegían al trabajador que en virtud de un despido injusto, o por retiro voluntario, después de cierto tiempo de servicios, no podía acceder a la pensión plena, han quedado sin piso, al establecerse ahora un sistema general de pensiones accesible a los habitantes del país, que por su universalidad y con las cotizaciones al sistema durante su vida laboral independientemente de quien sea su

Es un axioma que la propuesta que hace una de las partes a la otra de poner fin al contrato de trabajo obedece normalmente a una manera pacífica y normal de terminarlo por mutuo acuerdo, siendo de usual ocurrencia que medie un ofrecimiento económico del empleador cuando la iniciativa es suya, como tuvo lugar este caso...”

empleador, les permitirá en últimas alcanzar una pensión de vejez, a menos que se encuentren en la situación prevista en dicha normatividad.

De manera que, no podría pensarse que al haberse acogido la accionante al plan de retiro voluntario propuesto por su ex empleador, se desconoció el derecho cierto a percibir la prestación pensional aquí pretendida, pues dicha prerrogativa solo procedía ante la acreditación de tres requisitos, a saber: el tiempo de servicio superior a los 10 años o 15 años, el despido injusto y la falta de afiliación al régimen de seguridad social, presupuestos estos dos últimos que no se satisfizo la actora en razón a que como quedó visto, el nexo de trabajo terminó por mutuo acuerdo y fue debidamente afiliada al sistema general de pensiones por su ex empleador.

Así las cosas, se agota la competencia en esta instancia por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por la parte actora y lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en la instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199

del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.23-2014-00001-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 14 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato de trabajo, declaró probada la excepción de prescripción respecto de acreencias laborales y condenó a la pasiva al pago y reliquidación de aportes pensionales (*min. 20:15, archivo “16Audiencia20230314”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

FRANCISCO MAURICIO RIOS ÁVILA llamó a juicio a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN** y al **CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECOLOGÍA CIBRE** con el fin de que se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, que la relación laboral finalizó por renuncia motivada y, en consecuencia, que se condene a las demandadas al pago de salarios de julio y agosto de 2013, auxilio e intereses a las cesantías 2011 a 2013, prima de servicios septiembre de 2010 a 2013, indemnización por despido,

sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria, aportes pensionales, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que fue vinculado a la institución **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN** mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido, desde el 25 de abril de 2002 hasta el 3 de septiembre de 2013, para desempeñar inicialmente el cargo de mensajero para el departamento de tesorería, con un salario correspondiente del año 2002 a \$327.320 y el año 2003 a \$353.508; que en el año 2004 fue ascendido al cargo de asistente de tesorería con un salario de \$1.300.000, situación que se mantuvo hasta septiembre de 2005 cuando fue ascendido al cargo de asistente de vicepresidencia percibiendo un salario por valor de \$2.000.000; que a finales del 2005 fue vinculado al proyecto denominado Centro Internacional de Biotecnología Reproductiva CIBRE en la sede de Espinal – Tolima; en el año 2006 fue ascendido al cargo de director de módulo de siembras devengando un salario de \$2.500.000, monto que devengó hasta la finalización del contrato de trabajo, y que durante la vigencia de la relación laboral se presentó mora en el pago de aportes a seguridad social.

Manifestó que el 19 de diciembre de 2012, junto con otros compañeros de trabajo, fundaron el Sindicato de Trabajadores de la Fundación Universitaria San Martin y CIBRE – SINALTRAFUSM, momento a partir del cual los directivos de las demandadas dieron orden de no pago de salarios y prestaciones a dichos trabajadores; que el 03 de septiembre de 2013, presentó renuncia motivada, alegando el incumplimiento reiterado del pago de salarios, prestaciones sociales, y seguridad social, además de presentarse una deuda a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS debido a que para efectos de no presentar mora en el pago de dicho aportes efectuaron el pago por el monto del salario mínimo, valor que no correspondía a la asignación salarial que percibida (*pág. 2 a 24, archivo “01ExpedienteDigital*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante providencia del 21 de abril de 2014, se tuvo por no contestada la demanda (pág. 120, archivo “01ExpedienteDigital”) y luego de surtido el trámite se profirió sentencia el 26 de agosto de 2014 (pág. 139 a 141, archivo “01ExpedienteDigital”). Sin embargo, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, esta Corporación en decisión del 25 de septiembre de 2014, declaró la nulidad de todo lo actuado por no haberse realizado correctamente la notificación (pág. 148 y 149, archivo “01ExpedienteDigital”).

Reanudado el trámite, y luego de aplicarse la figura de la notificación por conducta concluyente, la **FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN** se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo con el demandante, los cargos desempeñados, la mora en el pago de los aportes a seguridad social, los salarios devengados, el no pago de salarios de julio y agosto de 2013 y la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de las obligaciones cuyo cumplimiento se demanda y falta de causa*; cobro de lo no debido; prescripción y la innominada o genérica (pág. 195 a 204, archivo “01ExpedienteDigital”).

En auto del 17 de enero de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGÍA CIBRE**.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 20:15, archivo “16Audiencia20230314”)

El 14 de marzo de 2023, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(...) **PRIMERO: DECLARAR** entre FRANCISCO MAURICIO RÍOS ÁVILA y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido que inicio el 25 de abril de 2002 y finalizo el 3 de septiembre de 2013, en la que el demandante desempeño el ultimo cargo de asistente de oficina jurídica y devengo \$ 2.500.000 pesos. **SEGUNDO: CONDENAR** a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN al pago de aportes a la seguridad social que se encuentren insolutos en pensiones o la diferencia de los aportes a la seguridad social en pensiones efectuados sobre el salario verdaderamente devengado, causados entre el 25 de abril de 2002 al 3 de septiembre de 2013 a la AFP donde demuestre estar afiliado el señor demandante, teniendo como referencia los salarios que se detallan a continuación i) 2002: \$327.230 ii) 2003: \$353.400, iii) 2004, 2005 y 2006: \$581.080, iv) 2007: \$2.000.000 y v) 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013: \$2.500.000. **TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto de prestaciones sociales, salarios, sanciones e indemnizaciones solicitadas de acuerdo a lo considerado. **CUARTO: ABSOLVER** a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN de las demás pretensiones incoadas en la demanda. **QUINTO: ABSOLVER** al centro internacional de biotecnología CIBRE de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. **SEXTO: COSTAS** a cargo de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN a favor del señor demandante (...)”.*

Como sustento de la decisión el Juez indicó que conforme con la documental aportada no había duda de la existencia de la relación laboral del actor con la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN** desde 25 de abril del 2002 hasta el 03 de septiembre de 2013, pero no respecto del **CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGÍA CIBRE**, dado que el demandante no acreditó prestación de servicio alguno a su favor.

Frente a la excepción de prescripción la declaró probada respecto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones al afirmar que transcurrió más de un año desde el auto que ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el superior y la notificación efectiva que realizó la parte demandante a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN**, por lo que sólo se interrumpió la prescripción el 20 de septiembre del 2016, cuando se tuvo por contestada por conducta concluyente a dicha Fundación, en los términos del artículo 95 del Código General del Proceso, y al finalizar la relación laboral el 3 de septiembre de 2013, transcurrieron más de 3 años, por lo que la totalidad de las prestaciones se encuentran prescritas.

Sobre los aportes pensionales precisó que con el reporte de semanas cotizadas expedida por la AFP Horizonte de fecha 5 de julio de 2013, se estableció que la demandada efectuó cotizaciones hasta noviembre del 2012 de manera incompleta habiendo periodos faltantes y sobre salarios inferiores a los realmente devengados por el trabajador.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **FRANCISCO MAURICIO RIOS ÁVILA** interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la prosperidad de la excepción de prescripción y se emitan las condenas correspondientes a las pretensiones invocadas en la demanda. Adujo que al revisar la contestación de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** si bien propuso la excepción de prescripción, nunca alegó que se haya o no notificado el auto admisorio de la demanda en el año siguiente para analizar la interrupción del término prescriptivo, sólo se limitó a explicar que la prescripción era de los tres años, razón por la cual considera que no puede el operador judicial decretar una prescripción de oficio, debía ser a solicitud de parte y la excepción formulada no va en ese sentido (*min. 22:22, archivo “16. Audiencia20230314”*).

Por su parte, el apoderado de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** presentó recurso de apelación con el fin de que se revisen las condenas por aportes a seguridad social en pensión, en atención a que las pruebas documentales acreditan diferentes bases salariales, así como eventualmente que el pago se hubiera efectuado (*min. 26:48, archivo “16. Audiencia20230314”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de las partes reiteraron los argumentos elevados en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si procede o no la excepción de prescripción, la viabilidad de las prestaciones reclamadas en la demanda y si viable ordenar el pago de aportes pensionales, de conformidad con lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia que entre el demandante **FRANCISCO MAURICIO RIOS ÁVILA** y la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN** existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 25 de abril de 2002 y 03 de septiembre de 2013, devengando el actor como último salario la suma de \$2.500.000 (*fue establecido en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de recurso por ninguna de las partes*).

- Sobre la excepción de prescripción.

Para resolver lo pertinente, los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo consagraron que la prescripción de la acción para reclamar los derechos laborales se configura en un lapso de tres (3) años, contados desde el momento en que la respectiva obligación se hizo exigible, término que puede ser interrumpido por una sola vez con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, caso en el cual el

término iniciará a contarse nuevamente desde la fecha del reclamo. Las anteriores disposiciones fueron reiteradas en el artículo 151 CPT y de la SS.

Así mismo, el artículo 94 del Código General del Proceso, norma aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado”*.

Sobre la aplicación de esta norma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido ocasión de pronunciarse para definir que la prescripción de las acciones laborales puede interrumpirse a través de dos mecanismos diferentes pero no excluyentes, a saber: i) extrajudicialmente, mediante la presentación del simple reclamo escrito por parte del trabajador al empleador sobre un derecho determinado; y ii) con la presentación de la demanda en los términos que señala el artículo 90 del CPC (hoy 94 del CGP). Dice la Corte que para resolver sobre la eficacia o ineficacia de la interrupción prevista en el hoy artículo 94 del CGP, es pertinente tener en cuenta lo definido por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2009, pues debe evaluarse el actuar diligente de la parte demandante en cuanto puede ocurrir que, por razones ajenas o no imputables a dicha parte, pierda la posibilidad de exigir su derecho (ver sentencia SL 5159-2020).

Teniendo en cuenta el anterior fundamento jurídico y jurisprudencial, concluye la Sala que en el presente asunto operó la excepción de prescripción declarada en primera instancia.

Se advierte que, contrario a lo afirmado por el apoderado del demandante, en este caso para estudiar dicha excepción bastaba con que la parte demandada la formulara en el escrito de contestación, como en efecto ocurrió (*pág. 201 y 202, archivo "01ExpedienteDigital"*), para proceder a su estudio, sin que fuera necesario que invocara el artículo 94 del Código General del Proceso pues esta norma no regula lo correspondiente al término de prescripción, sino simplemente los efectos de la interrupción de este medio con ocasión de la presentación de la demanda.

Nótese que para poder estudiar este fenómeno extintivo resultaba necesario determinar si la parte interesada interrumpió o no el término trienal señalado en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante la presentación del simple reclamo escrito por parte del trabajador al empleador, caso en el cual no es necesario acudir a normas análogas al procedimiento laboral. No obstante, como con la demanda la parte actora no acreditó que elevó dicha reclamación, se desprende que su intención fue interrumpir el término trienal únicamente con la radicación de la demanda, siendo necesario acudir a las enseñanzas del artículo 94 del Código General del Proceso, no en ejercicio de las facultades oficiosas por parte del Juez, sino para dar respuesta precisamente al medio extintivo propuesto por la accionada.

Revisado el expediente se advierte que el contrato existente entre las partes finalizó el 03 de septiembre de 2013 (*así lo definió el juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso*), la demanda fue presentada el 19 de diciembre de 2013 (*pág. 55, archivo "01ExpedienteDigital"*), y admitida mediante auto del 16 de enero de 2013, que fue notificado al demandante por estado al día siguiente (*pág. 57 y 58, archivo "01ExpedienteDigital"*). Por consiguiente, y en los términos de la norma referida, en principio la parte demandante tenía hasta el 16 de enero de 2015 para notificar la demanda a la sociedad demandada, si pretendía interrumpir el término

prescriptivo con la presentación de la demanda. Sin embargo, al declararse la nulidad de la actuación por no haberse realizado correctamente la notificación (*pág. 148 y 149, archivo "01ExpedienteDigital"*), la cual no fue atribuible al demandante, sino al despacho judicial, dicho término se debe contar a partir del auto que ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el superior, emitido el 09 de octubre de 2014 (*pág. 155, archivo "01ExpedienteDigital"*), esto es, hasta el 09 de octubre de 2015.

De las actuaciones subsiguientes se advierte que para el 09 de octubre de 2015 no se había materializado la notificación a la parte demandada. Obsérvese que el primer memorial radicado por la parte actora después del 09 de octubre de 2014 es el correspondiente al 12 de enero de 2016 cuando el apoderado judicial allegó a la sede judicial constancias de envío del aviso citatorio del artículo 315 del CPC (*pág. 159 a 176, archivo "01ExpedienteDigital"*), las cuales en todo caso fueron enviadas a través de la empresa de mensajería *Interapidísimo* el 21 de octubre de 2015, posteriormente, mediante auto del 17 de marzo de 2016, el *a quo* requirió la certificación expedida por el empresa de correo para verificar la entrega efectiva (*pág. 178, archivo "01ExpedienteDigital"*). Del solo recuento de estas actuaciones y sin ahondar en las posteriores, puede deducir la Sala que no se cumplió con el término previsto en el artículo 94 del Código General del Proceso, dado que entre el 09 de octubre de 2014 y la actuación siguiente realizada por la parte accionante transcurrieron más de 14 meses; y a la notificación efectiva, 20 de septiembre de 2016, alrededor de 23 meses, por lo que la interrupción de la prescripción con la presentación de la demanda en este caso no se materializó, demora atribuible exclusivamente a la parte demandante.

Resulta oportuno rememorar que la Sala de Casación Laboral ha precisado que a pesar de que los despachos judiciales son los encargados de adelantar el proceso ordinario laboral de manera eficaz, las partes tienen ciertas cargas procesales que redundan en su propio

beneficio, como es el caso de la notificación del auto admisorio de la demanda (CSL SL rad. 40549-2012 y SL3693-2017).

Así las cosas, el término prescriptivo debe contarse desde la terminación del contrato de trabajo, 03 de septiembre de 2013, hasta la fecha en que ocurrió la notificación por conducta concluyente de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN**, esto es, el 20 de septiembre de 2016 (*pág. 181, archivo "01ExpedienteDigital"*), periodo al cual ya había transcurrido el término trienal previsto en los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS, por lo que la acción para reclamar los derechos prestacionales e indemnizatorios deprecados prescribió, salvo los aportes a seguridad social que son imprescriptibles (SL Rad 35.083 del 06 de mayo de 2010 y SL1272-2016), motivo suficiente para confirmar en este aspecto la sentencia de primera instancia.

- **Sobre el pago de aportes pensionales**

La parte demandada se encuentra inconforme con la condena al pago de aportes pensionales impartida en sede de instancia, al considerar que las pruebas documentales acreditan diferentes bases salariales, así como eventualmente pagos.

Al respecto, en virtud de los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993 todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, y tan sólo la obligación de cotizar cesa al momento en que finalice la relación laboral, teniendo el empleador la obligación de realizar los aportes tomando como base los salarios realmente devengados por el trabajador y todos aquellos factores que tengan dicha connotación.

Está probado en el expediente, así fue declarado en la sentencia y no fue objeto de discusión en segunda instancia, que **FRANCISCO MAURICIO RIOS AVILA** devengó como salarios en el año 2002 \$327.230; 2003 \$353.400; 2004, 2005 y 2006 \$581.080; 2007

\$2.000.000 y durante los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013 la suma de \$2.500.000.

A su vez, en certificación del 19 de septiembre de 2013, la AFP Horizonte certificó que al demandante no le registran cotizaciones a pensión desde el periodo agosto de 2006 hasta diciembre de 2012 y que para los meses de enero a mayo de 2006 registra pagos extemporáneos o realizados de forma incompleta (*pág. 32 a 36, archivo "01ExpedienteDigital"*).

Y con las pruebas aportadas por la Fundación demandada (*archivo "13PruebasAllegadasEnAudiencia"*) se acreditan pagos realizados por concepto de aportes pensionales para diciembre de 2008 teniendo como IBC la suma de \$2.000.000 (*pág. 9*), cuando lo realmente devengado por ese periodo fue un monto de \$2.500.000; junio de 2011 IBC \$2.500.000 (*pág. 23*) y noviembre 2012, enero a mayo 2013 IBC \$2.500.000 (*pág. 182 a 184*), sin que reposen documentos adicionales que acrediten el cumplimiento por parte del empleador.

En tal sentido, es notorio que la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN** no ha cumplido con su deber con el sistema pensional, por lo que deberá pagar no solamente los periodos que aparecen en mora, sino que deberá revisar que los que haya efectuado correspondan a los salarios realmente devengados por el trabajador, respondiendo por la totalidad del aporte aún en el evento en que no hubiere efectuado descuentos por dichos conceptos al actor (art. 22, Ley 100 de 1993), lo que descarta los planteamientos del recurrente.

Por el anterior análisis, no le queda camino diferente a la Sala que confirmar la decisión de primer grado.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 23-2021-00094-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 16 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min.21:31, archivo “11Audiencia20230216”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

GONZALO TRIANA llamó a juicio a la **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A.** con el fin de que se condene al pago de reajustes salariales, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró al servicio de **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A.** desde el 9 de octubre de 2006, mediante contrato de trabajo a término

fijo de tres meses, para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales; que desde el 09 de enero de 2007 el contrato fue renovado por el término de tres meses, luego a partir del 9 de octubre de 2007 y 2008 el contrato fue renovado por un año más; que en el año 2018 firmaron un acta de mutuo acuerdo para desempeñar el cargo de auxiliar de apoyo grado 18, después se modificó el cargo a auxiliar de apoyo del sector defensa grado 20; y finalmente, que el 07 de julio de 2019 le fue terminado el contrato de trabajo sin justa causa y no le reajustaron el salario del año 2019 (pág. 4 a 16, archivo “01DemandaRemiteJuzgadoPequeñasCausas”)

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó el término de duración del contrato, el cargo desempeñado, las prórrogas del contrato, el incremento salarial y el salario devengado, expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*, buena fe la demandada, mala fe del demandante y la innominada o genérica (pág. 1 a 20, archivo “04ContestacionDemandaCIACSA”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 21:31, archivo “11Audiencia20230216”)

El 16 de febrero 2023, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA SA de las pretensiones incoadas por el señor Gonzalo Triana. **SEGUNDO: COSTAS** a cargo del demandante. **TERCERO:** De no ser apelada la presente sentencia se ordena se surta grado jurisdiccional de consulta y se revise la totalidad de la decisión, dado que las resultas del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones (...).

Como fundamento de la decisión el Juez indicó que no existe controversia acerca de la existencia del contrato de trabajo suscrito entre las partes vigente desde el 9 de octubre de 2006 hasta el 07 de julio de 2019, así como el respectivo pago del incremento salarial correspondiente al año 2019. Sobre la indemnización por despido sin justa causa señaló que la misma no está llamada a prosperar debido a que conforme con la prevalencia de voluntades expresadas en el contrato de trabajo, al existir acuerdo sobre el término de duración del contrato en caso no de no prorroga escrita, pactada por tres meses, no había lugar a la aplicación del término presuntivo, y al no existir prueba alguna de que se le adeude algún concepto a la parte actora no había lugar al estudio de las excepciones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y, en su lugar, se condene al pago de la indemnización por despido e indemnización moratoria. Adujo que al haberse modificado la cláusula 4 del contrato de trabajo por el término de un año se debía aplicar el plazo presuntivo y no el inicialmente pactado, que no se debe dar aplicación a dicha cláusula porque se tendría por no escrita dando aplicación al principio de favorabilidad (*archivo “13Audiencia20230216”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del demandante solicitó la revocatoria de la sentencia reiterando los argumentos elevados en la alzada.

La apoderada de la demandada **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A.** pidió la confirmación del fallo.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria, conforme lo alegado en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** entre el demandante **GONZALO TRIANA** y la demandada **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A.** se celebró un contrato de trabajo a término fijo para un periodo de tres meses, desde el 09 de octubre de 2006 hasta el 08 de enero de 2007 (pág. 76 a 78, archivo “(pág. 141, archivo 01DemandaRemiteJuzgadoPequeñasCausas)”); **ii)** hubo prorrogas sucesivas del contrato de trabajo inicialmente por tres meses a partir del 09 de enero de 2007 (pág. 109, archivo “01DemandaRemiteJuzgadoPequeñasCausas”), luego por un año a partir del 09 de octubre de 2007 (pág. 45, archivo “01DemandaRemiteJuzgadoPequeñasCausas”) y posteriormente por un año a partir del 09 de octubre de 2008 (pág. 141, archivo “01DemandaRemiteJuzgadoPequeñasCausas”); **iii)** y en comunicación del 04 de julio de 2019 la demandada terminó el contrato de trabajo unilateralmente, a partir del 07 de julio de 2019, aduciendo la expiración del plazo pactado o presuntivo (pág. 159, archivo “01DemandaRemiteJuzgadoPequeñasCausas”).

- **Sobre la indemnización por despido sin justa causa**

El Decreto 2727 de 1945, hoy complicado en el Decreto 1083 de 2015, a partir del artículo 2.2.30.2.1., establece que el contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar siempre por escrito y su plazo no podrá exceder de cinco años, aunque sí es renovable indefinidamente (art. 2.2.30.6.2). Igualmente, señala que la prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses (artículo 2.2.30.6.7).

El artículo 2.2.30.6.11 y siguientes del Decreto 1083 de 2015, regula lo correspondiente a la terminación del contrato de trabajo de los trabajadores oficiales y establece las justas causas, entre las que se destaca la finalización del vínculo laboral *“por expiración del plazo pactado o presuntivo”*.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que *“el plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes. La ley presume que, en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y apartarse del plazo presumido por el legislador”*. (CSJ SL 2 may. 2012, rad. 39479, SL 12 de feb. 2014, rad. 39773, y SL1707-2023)

Además, la misma Corporación ha precisado que cuando las partes a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo, consientan en apartarse de la figura del plazo presuntivo, tienen que elaborar cláusulas convencionales o contractuales expresas, que no dejen duda de que su intención es la de excluir los periodos de seis meses,

así como de eliminar la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo presuntivo y sancionar al empleador por la terminación unilateral del contrato de trabajo (CSJ SL2717-2018 y SL1707-2023).

En el presunto asunto la parte demandante cuestiona que al haberse modificado la cláusula 4 del contrato de trabajo por el término de un año se debía aplicar el plazo presuntivo y no el inicialmente pactado para efectos de determinar la procedencia de la indemnización por despido.

Sobre el particular, debe destacarse que las partes desde el mismo comienzo de la relación pactaron el término del contrato de trabajo y también previeron la situación en caso de que no realizara prorrogas por escrito, en los siguientes términos:

*“CUARTA.- -El presente contrato se celebra por el término fijo contado a partir de la fecha señalada en la cláusula primera y su vencimiento será el 08 de Enero de 2007. La prórroga del contrato deberá constar por escrito. **Pero si extinguido el plazo estipulado EL TRABAJADOR continuare prestando sus servicios a LA CIAC, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato se considerará por ese sólo hecho, prorrogado por un lapso igual al inicialmente pactado**”* Resaltado de la Sala.

Por tal razón, para la Sala es indudable que la situación objeto de análisis no se encuadra en los presupuestos señalados en el artículo 2.2.30.6.7 del Decreto 1083 de 2015, antes 42 Decreto 2127 de 1945, por la potísima razón que al anticipar una no prorroga contractual tanto el empleador como el trabajador sabían desde el inicio de la relación laboral que el contrato únicamente tendría prorrogas sucesivas de tres meses, y no por el plazo presuntivo de 6 meses contenido en el referido artículo, aspecto que va en consonancia con los alcances que la jurisprudencia (CSJ SL2717-2018 y SL1707-2023) le ha dado a la voluntad contractual de las partes.

Ahora, las prórrogas expresas que sufrió el contrato del trabajador, por tres meses a partir del 09 de enero de 2007 (*pág. 109, archivo “01DemandaRemiteJuzgadoPequeñasCausas”*), luego por un año a partir del 09 de octubre de 2007 (*pág. 45, archivo “01DemandaRemiteJuzgadoPequeñasCausas”*) y posteriormente por un año a partir del 09 de octubre de 2008 (*pág. 141, archivo “01DemandaRemiteJuzgadoPequeñasCausas”*), no modificaron el plazo inicial contenido en la cláusula cuarta contractual, de lo que se deduce que a partir del 09 de octubre de 2009 ante el silencio de las partes, bien para prorrogar el contrato o para terminarlo, condujo a que el mismo tuviera prórrogas automáticas trimestrales.

Ante tal circunstancia, el contrato terminó formalmente los días 08 de enero; 08 de abril; 08 de julio y 08 de octubre y se reanudó los días nueve siguientes, lo que descarta el planteamiento del recurrente puesto que en ningún momento el contrato mutó a una prórroga presuntiva semestral.

Para el caso de **GONZALO TRIANA** el contrato de trabajo se terminó el 07 de julio de 2019 (*pág. 159, archivo “01DemandaRemiteJuzgadoPequeñasCausas”*), sin que la parte actora acreditara convenio colectivo o reglamento interno donde se estableciera la obligación del empleador de preavisar a su empleado previo a terminar el contrato (artículo 2.2.30.6.14 Decreto 1083 de 2015), por lo que en principio tendría lugar únicamente el reconocimiento de la indemnización por terminación unilateral correspondiente a un solo día, 08 de julio de 2019. No obstante, debe recordarse que la pretensión como fue presentada iba encaminada a que se entendiera una prórroga contractual semestral hasta el 08 de octubre de 2019, circunstancia que no sucedió en este asunto, lo que descarta impartir una condena en tal sentido.

Por otra parte, no es posible definir la controversia acudiendo al principio de favorabilidad, como se alega en la alzada, pues no se trata de un conflicto entre normas vigentes (CSJ SL1730-2022). Y pese a que no se vislumbra irregularidad alguna en el contenido de la cláusula cuarta del contrato de trabajo, adentrarse al estudio de la eficacia o no de dicho pacto es improcedente, en tanto en cuanto no se incluyó como pretensión

de la demanda, tampoco fue objeto de fijación del litigio por parte del *a quo* y solo fue mencionada en los alegatos de conclusión de segunda instancia.

Bajo el anterior análisis se confirmará la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.23-2022-00393-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 08 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 43:39*, archivo “06Audiencia20230308”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

ELIECER TOMÁS ALBA GUTIERREZ llamó a juicio a **DRUMMOND LTD** con el fin de que se declare ineficaz la terminación unilateral del contrato de trabajo y, en consecuencia, que se ordene su reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró ininterrumpidamente para la empresa **DRUMMOND LTD** desde el 21 de enero de 2005 hasta el 30 de abril de 2017, como mecánico; que el

empleador le comunicó el 05 de abril de 2017 la terminación del contrato de trabajo aduciendo como justa causa el reconocimiento pensional; que al momento de su despido se encontraba afiliado al SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DRUMMOND, SINTRAMIENERGÉTICA y vigente la Convención Colectiva de Trabajo 2016 – 2019, sin que la empresa haya cumplido el procedimiento estipulado en el artículo sexto de la citada Convención; que a la fecha del despido devengaba \$4.010.942 y presentó reclamación administrativa el 16 de agosto de 2019, la cual fue respondida el 10 de septiembre siguiente(*pág. 1 a 16, archivo “01DemandaAnexos”*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DRUMMOND LTD se opuso a las pretensiones. Aceptó los extremos temporales de la relación laboral, el cargo desempeñado por el actor, la comunicación de la terminación del contrato de trabajo, la vigencia de la convención colectiva, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso como previa la excepción de *prescripción* y como de mérito las excepciones de *cobro de lo no debido*; *prescripción*; inexistencia de la obligación y la innominada o genérica (*pág. 2 a 10, archivo “04ContestaciónDemandaDrumonLtda”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*min. 43:39, archivo “06Audiencia20230308”*)

El 08 de marzo de 2023, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(...) PRIMERO: ABSOLVER a Drummond Ltd de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor ELIECER TOMAS ALBA GUTIERREZ. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva conforme a lo considerado. TERCERO: COSTAS a cargo del señor demandante. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se ordena se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del señor demandante dado que las resultados del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones. (...)”.

Como sustento de la decisión el Juez indicó que con la certificación expedida por Porvenir se encuentra acreditado que para el mes de septiembre de 2016 el demandante ya se encontraba pensionado, por lo que entre la terminación del contrato de trabajo y el reconocimiento de la pensión este no se encontraba desprovisto de recursos mínimos para garantizar su subsistencia.

Frente al despido, señaló que la causal esgrimida para la terminación del contrato consistió en el reconocimiento de la pensión por invalidez siendo una causal autónoma de acuerdo con la jurisprudencia, en la que no corresponde verificar la conducta del trabajador y menos aún seguir el procedimiento disciplinario establecido en la cláusula 6° de la Convención Colectiva, pues dicho procedimiento únicamente aplica para los casos en los que debe verificar la conducta del trabajador y establecer si incurrió en una supuesta falta, connotaciones de las que carece la causal alegada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **ELIECER TOMAS ALBA GUTIERREZ** presentó recurso de apelación, con el fin de que se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones reconociendo la aplicabilidad de la convención colectiva y la ineficacia del despido ante la inaplicación del artículo 6° de la convención colectiva. Adujo que está acreditado que el demandante se encontraba afiliado al sindicato, la existencia de la convención y que el artículo Sexto de la Convención prevé un procedimiento para despido, que en dicho artículo se puede advertir el procedimiento para sanciones y decisiones relacionadas con las justas causas, que comparando lo anterior con la comunicación de despido que le fue enviada al accionante se evidencia que efectivamente se utilizó una justa causa. Entonces siendo una justa causa, existiendo un procedimiento convencional y además por tratarse de una persona que estaba afiliada al sindicato, considera que la consecuencia lógica es que debió aplicarse el procedimiento para

despedir y su desconocimiento conlleva a la ineficacia de ese despido (*min. 44:27, archivo "06. Audiencia20230308"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la parte demandada solicitó la confirmación de la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la terminación del contrato de trabajo del demandante es ineficaz, la procedencia del reintegro; en consecuencia si procede el pago de salarios, prestaciones sociales e indexación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes aspectos facticos: **i)** entre el demandante **ELIECER TOMAS ALBA GUTIERREZ** y **DRUMMOND LTD** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 21 de enero de 2005 al 20 de abril de 2017 (*pág. 24 a 26, 39 y 42, archivo "04. ContestacionDemandaDrumonLtda"*); **ii)** y en comunicación del 05 de abril de 2017 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (*pág. 32, archivo "04. ContestacionDemandaDrumonLtda"*).

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 del CST.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como se reafirmó en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

También la H. CSJ ha sostenido, de forma reiterada y pacífica, que la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando la ejerce el empleador, es una de sus facultades y no una sanción, motivo por el cual no le es aplicable el artículo 115 del CST ni ningún procedimiento previo, a menos que así se hubiera pactado entre las partes, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa, regla jurisprudencial ratificada en las sentencias SL15245 de 2014, SL 1981 de 2019, SL2351 de 2020, entre otras.

Sin embargo, el máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha aclarado que ello no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues la jurisprudencia ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la

decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral, a saber:

1. La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.
2. La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos.
3. Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.
4. Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
5. Y la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

Al respecto, se pueden consultar las sentencias SL15245 de 2014, SL1981 de 2019 y SL2351 de 2020, SL496 de 2021, SL679 de 2021, SL339 de 2023, entre otras.

Ahora, en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en su literal a) define en forma taxativa las conductas del trabajador que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, de manera unilateral con justa causa y sin el pago de indemnización. Entre ellas, el numeral 14 del literal a), alegada por la demandada como justa causa, autoriza la terminación del contrato cuando al trabajador le ha sido reconocida pensión.

Sobre esta causal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido que el reconocimiento de la pensión

como una causa de terminación del contrato de trabajo, aplica tanto en el sector privado como en el público, y opera frente a cualquier tipo de pensiones, incluso aquellas legales reconocidas bajo la aplicación del régimen de transición y las extralegales o convencionales, dado que el fin de la norma es dotar a los empleadores de herramientas que le permitan disponer libremente de las personas que tuvieran asegurado un ingreso pensional (SL1178-2022 y SL2303-2021).

Esa misma Corporación, también ha definido que la procedencia de esta causal específica de terminación del contrato con justa causa, se enmarca en la garantía de que, entre la finalización del contrato y el inicio del pago de la mesada pensional, el trabajador no deje de percibir los ingresos que garantizan su subsistencia, pero una vez se han cumplido tales condiciones, dice la Corte, el empleador tiene la posibilidad de hacer uso de dicha causal, cuando estime que el trabajador ha cumplido su ciclo laboral en la empresa, es decir en cualquier tiempo (SL2509-2017, SL3108-2019 y SL3146-2020 y SL1178-2022).

Y si bien, dice la Corte, que la regla de la inmediatez entre la comisión de la falta y la reacción ante la misma, obliga al empleador a actuar con prontitud y celeridad, ya sea para sancionar al trabajador o despedirlo, no resulta viable aplicar dicho principio cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión en favor del trabajador, pues se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad (SL3108-2019).

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos, se advierte que Porvenir, para el mes de septiembre del año 2016, reconoció al actor una pensión por invalidez, en cuantía de \$3.051.552, prestación pensional que fue incluida en nómina de pensionados, por lo menos desde ese periodo (pág. 30, archivo "04. ContestacionDemandaDrumonLtda")

Mediante comunicación del 05 de abril de 2017, **DRUMMOND LTD** notificó al demandante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 20 de abril de 2017. Al efecto, el empleador adujo lo siguiente:

En efecto, el Fondo de Pensiones Porvenir, por medio de la certificación recibida el 24 de marzo de 2017 de Ref: Rad. Porvenir. N.A. nos informa que le ha reconocido una **PENSIÓN POR INVALIDEZ**, la cual le fue asignada con anterioridad, por lo que se verificó que usted actualmente se encuentra en nómina de pensionados y recibiendo la correspondiente mesada pensional.

En consecuencia, y en concordancia con el Numeral 14 del Artículo 7 Literal a) del Decreto 2351 de 1965 que consagra como justa causa de terminación del contrato, el reconocimiento de la pensión por invalidez estando al servicio de la Empresa, se procede a terminar el contrato de trabajo, decisión que se hará efectiva a partir del día 20 de abril de 2017.

Del documento referido se deduce que la demandada invocó como justa causa para dar por terminado el contrato la condición de pensionado del actor derivada del reconocimiento de la pensión de invalidez que le viene pagando **PORVENIR** desde septiembre de 2016, de lo que se concluye que en el caso bajo estudio la finalización del vínculo se dio por la existencia de la justa causa aludida por **DRUMMOND LTD**, lo que descarta el estudio de la procedencia de la ineficacia y el consecuente reintegro.

A juicio de la Sala y siguiendo el criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en este asunto se encuentra debidamente acreditada la justa causa en cuanto el demandante tiene la condición de pensionado, y para el momento en que se le comunicó la terminación del contrato ya ostentaba tal calidad, notificación que se hizo de forma anticipada cumpliendo el término señalado en el inciso final del literal a) del artículo 62 del CST. Y aunque la terminación del contrato se realizó tiempo después del reconocimiento pensional, la facultad de aplicar esta causal la conservó el empleador hasta el momento que consideró pertinente hacer uso de la misma, sin que para su materialización fuera necesario agotamiento administrativo previo.

En tal sentido, para el presente caso no resulta aplicable el artículo 6° de la Convención Colectiva de Trabajo 2016 -2019 suscrita

entre DRUMMOND LTD y SINTRAMIENERGERTICA (pág. 21 y 22, archivo "01DemandaAnexos"), pues allí se regula únicamente el procedimiento para la imposición de sanciones disciplinarias o terminación del contrato de trabajo con ocasión de conductas o infracciones cometidas por el trabajador y en este caso, conforme con el precedente jurisprudencial, el retiro por reconocimiento pensional se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, (SL3108-2019), lo que descarta la tesis planteada en la alzada.

Por el anterior análisis, no le queda camino diferente a la Sala que confirmar la decisión de primer grado.

Sin costas en segunda instancia.

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

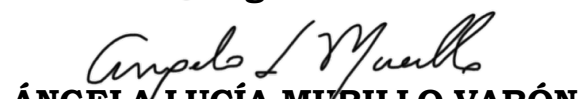
RESUELVE

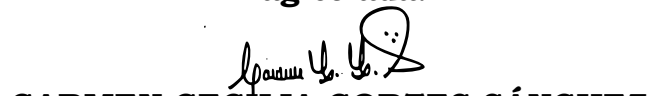
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 23-2022-00399-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y las demandadas **COLFONDOS, PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 14 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y a **COLPENSIONES** a recibir a la afiliada sin solución de continuidad y a corregir la historia laboral (*min. 01:09:11, archivo “28Audiencia20230814”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JUDITH ALONSO CASAS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado del Régimen de Prima con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, que se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de todos los aportes realizados en el RAIS, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 06 de agosto de 1966, cotizó al RPM entre el 09 de abril de 1987 y el 31 de mayo de 1995; en junio de 1995, se trasladó al RAIS; presentó petición ante las AFP demandadas para obtener copia de los formularios de afiliación y una proyección de mesada, sin que en las respuesta se hayan adosado documentos que demuestren que la información brindada fue eficaz y clara; que al momento del traslado de régimen pensional no se le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado y la forma en que impactaría en su mesada pensional y que el 12 de agosto de 2022 radicó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** solicitando la ineficacia del traslado, petición que fue negada (*pág. 1 a 14, archivo “01Demanda”*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación en el RAIS, la petición presentada y su respuesta, expresó

que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *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 (pág. 2 a 19, archivo “08ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, el traslado de régimen pensional, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *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); buena fe de Colpensiones; cobro de lo debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (pág. 2 a 17, archivo “09ContestacionDemanda”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado de régimen pensional, la petición presentada y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló 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 declarara 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 y la innominada o genérica (pág. 3 a 27, archivo “10ContestacionDemandaProteccion”).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó el total de semanas cotizadas por la accionante, la petición presentada y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *actos de relacionamiento*; 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable; prescripción de la acción; prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración; buena fe y la genérica (pág. 2 a 19, archivo “11ContestacionLlamamientoGarantiaSkandia”). Llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (pág. 79 a 86, archivo “11ContestacionLlamamientoGarantiaSkandia”).

Mediante providencia del 24 de marzo de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**. A su vez se negó el llamamiento en garantía (archivo “15NoProcedeLlamamientoGarantia”), decisión que, una vez recurrida en apelación, fue confirmada por esta Sala en providencia del 31 de mayo de 2023 (archivo “04AutoInterlocutorio”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:09:11, archivo “28Audiencia20230814”)

El 14 de agosto de 2023, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o el traslado de la señora demandante JUDITH ALONSO CASAS hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado inicialmente por PROTECCIÓN. Como consecuencia lógica, también corre la misma suerte jurídica los traslados horizontales, el realizado a PORVENIR, el retorno a PROTECCIÓN, el realizado posteriormente nuevamente a PORVENIR, luego a COLFONDOS, y por último al de SKANDIA, todos corren la misma suerte jurídica, conforme a lo manifestado en la parte considerativa de la decisión. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES, todos los dineros que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante a dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno... jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se ordena la devolución de gastos de administración seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a recursos propios. Parágrafo: A este fondo se le autorizan como únicos descuentos los dineros transferidos a la AFP Porvenir, solicitados por la demandante y efectivizado el traslado el 1° de diciembre de 1999. E igualmente a dicho fondo, también el traslado efectivo a partir de abril de 2003. **TERCERO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los dineros recibidos con ocasión de la afiliación de la señora demandante a dicho fondo, periodo de tiempo 1° de diciembre de 1999 - 31 de diciembre de 2001 y 1° de abril de 2003 – 1° de marzo de 2009, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento. Se ordena la devolución de gastos de administración, prima de seguros previsionales invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado a garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargos a recursos propios. Parágrafo. A este fondo, autorizamos los descuentos de los dineros transferidos a PROTECCIÓN y a COLFONDOS, con ocasión a los traslados solicitados por la parte demandante 1° de abril de 2002-1° de abril de 2009, respectivamente. **CUARTO: CONDENAR** a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con ocasión de la afiliación de la demandante a dicho fondo 1° de abril de 2009 – 31 de octubre de 2013, junto con los rendimientos causados y pagados, sin la posibilidad de descuento alguno. De la misma manera, siguiendo la línea jurisprudencial, sentencia SL2177, se ordena la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado a garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a recursos propios. Parágrafo: este fondo como único descuento dinero transferido con efectividad 1° de noviembre... con ocasión al traslado solicitado. **QUINTO: CONDENAR** a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver los dineros que hubiese recibido con ocasión de la afiliación de la señora demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin descuento alguno, de la misma manera gastos de administración, prima de seguros previsionales invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado a

*garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargos a recursos propios. **SEXTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES a recibir a la señora Judith Alonso Casas en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado al régimen e igualmente corregir su historia laboral conforme las semanas efectivamente cotizadas en el régimen de ahorro individual. **SÉPTIMO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **OCTAVO:** Costas a cargo de la AFP PROTECCIÓN a favor de la señora demandante. **NOVENO:** Se ordena la consulta de la presente sentencia...” sic.*

Como sustento de su decisión el Juez expresó que la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio al afiliado al momento del traslado le corresponde al fondo de pensiones, y para el presente caso no se puede establecer que para el año 1995 la parte actora hubiese recibido de **PROTECCIÓN** una información completa, suficiente y necesaria para haber adoptado la decisión del traslado debidamente informada, motivo por el cual dedujo que era viable declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque el ordinal octavo de la sentencia de primera instancia y se condene en costas a todas las demandadas. Adujo que, si bien la demanda la originó la falta al deber de información por parte **PORVENIR** (sic), todas las entidades demandadas ejercieron oposición, presentaron pruebas, alegaron de conclusión y resultaron vencidas en el proceso, por lo que considera que es procedente la condena en costas a todas y cada una de ellas (*min. 01:13:08, archivo “28Audiencia20230814”*).

La apoderada de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación contra los ordinales segundo y cuarto de la sentencia, con el fin de que se absuelva de la condena por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Como sustento de la alzada señaló que dichas sumas fueron descontadas por autorización legal y

podría generarse un enriquecimiento sin justa causa a favor la parte actora; que la devolución de esos dineros no perjudica de manera alguna las semanas que se trasladan a **COLPENSIONES** pues estas solamente tienen en cuenta el salario cotizado y que la indexación resulta excesiva, toda vez que el traslado de rendimientos compensaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos (*min. 01:14:05, archivo “28Audiencia20230814”*).

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación para que se revoquen las condenas impuestas a ese fondo. Afirmó que no existe causa legal para declarar la ineficacia de la afiliación de la accionante dado que se cumplieron a cabalidad con las obligaciones interpuestas, como el deber de buena asesoría en los años 1999 y 2003; resulta también improcedente el reconocimiento de indexación de rubros que no deberían trasladarse, puesto que el reconocimiento de esta figura genera a favor de la demandante un enriquecimiento sin justa causa; que los gastos de administración y los demás sumas de la cuenta de ahorro individual de la actora no perdieron poder adquisitivo, al contrario lograron incrementarse mediante los rendimientos generados, y los rubros del fondo de garantía de pensión mínima y los seguros previsionales fueron debidamente destinados a cobijar todos los riesgos; finalmente, considera que no es procedente la condena en costas (*min. 01:15:22, archivo “28Audiencia20230814”*).

La apoderada de **SKANDIA** interpuso recurso de apelación contra la condena de devolver a los conceptos descontados por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, debidamente indexados. Manifestó que los referidos conceptos son expresamente autorizados por la Ley para la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y la generación de rendimientos; que se debe tener en cuenta la teoría de las restituciones mutuas; que no es procedente el retorno de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en la medida en que dicho aseguramiento fue permanente y la accionante ha gozado de la cobertura durante toda vinculación, además que el mencionado porcentaje ya fue pagado la

aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, y por lo tanto no se encuentran en las arcas de la AFP; finalmente, que los rendimientos compensan cualquier rubro por indexación (*min. 01:18:32, archivo “28Audiencia20230814”*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Como sustento de la alzada señaló que el traslado realizado al RAIS goza de plena validez, se llevó a cabo de forma libre y voluntaria, el asesor de la AFP suministró la información total, clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conducirían al traslado, además, no se configuraron los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, no se evidencia ningún vicio del consentimiento, la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que realizó, sabía que se trataba del traslado de sus apuntes en pensión y no fue obligada, ni mucho menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por último que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado por edad (*min. 01:21:18, archivo “28Audiencia20230814”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado actor solicitó la confirmación de la sentencia. Por su parte, **PORVENIR** y **SKANDIA** reiteraron los argumentos planteados en la alzada con el objetivo de que se revoque la sentencia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y demás conceptos descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, y la condena en costas, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) JUDITH ALONSO CASAS** nació el 06 de agosto de 1966 y se afilió al RPM a partir de abril de 1987 (*pág. 40 y 92, archivo “03Anexos”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 26 de mayo de 1995, con efectividad a partir del 1° de junio siguiente (*pág. 46 y 57, archivo “10ContestacionDemandaProteccion”*); **iii)** posteriormente realizó traslados horizontales en el RAIS inicialmente a **PORVENIR** el 27 de octubre de 1999, luego a ING el 14 de noviembre de 2001 (*pág. 57, archivo “10ContestacionDemandaProteccion”*), a HORIZONTE el 24 de febrero de 2003, a **COLFONDOS** el 18 de febrero de 2009 y a **SKANDIA** el 10 de septiembre de 2013, donde permanece afiliada (*pág.48, archivo “11ContestacionLlamamientoGarantiaSkandia”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin*

que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o

que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, COLMENA hoy **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el

cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que los asesores de la AFP, en reunión grupal, le informaron que el ISS se iba a acabar y que le daban la alternativa de afiliación a ese fondo para tener mejores garantías, mayores rendimientos y una mejor mesada, pero no entregó información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en

las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta los argumentos expuestos en la alzada por **COLFONDOS**, **PORVENIR** y **SKANDIA**. Como la decisión de primera instancia no es clara en disponer la devolución total de los conceptos referidos en precedencia, se modificará la sentencia en este aspecto.

Y la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes y a actualizar la historia laboral de la accionante, obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380

de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará esta parte de la sentencia.

La Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Además, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión. Tampoco puede ser objeto de prescripción los gastos de administración y demás conceptos descontados de la cuenta de ahorro individual de la actora, en la medida en que el aporte debe regresarse completo al RPM.

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de la demandante por la no imposición de costas en el trámite de primera instancia a todas las demandadas, para la Sala le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación por la pasiva, y para el caso de **COLFONDOS** ante su no contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022).

Por tal motivo, se adicionará el ordinal octavo de la sentencia por cuanto la condena en costas debe ser asumida por cada una de las demandadas, valores que deberán ser tasados por el *a quo*. En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por JUDITH ALONSO CASAS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el*

26 de mayo de 1995”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR los ordinales segundo, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN, PORVENIR** y **COLFONDOS** a trasladar a **COLPENSIONES** los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dichas Sociedades y también los referidos a la vinculación con COLMENA e ING, hoy **PROTECCIÓN**, y HORIZONTE, hoy **PORVENIR**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **SKANDIA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ADICIONAR el ordinal octavo de la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar, además de **PROTECCIÓN**, a **PORVENIR, COLFONDOS, SKANDIA** y **COLPENSIONES** al pago de costas y agencias en derecho generadas en el trámite de la primera instancia.

QUINTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

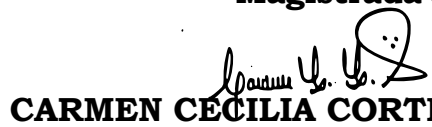
SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

OCTAVO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUDITH ALONSO CASAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2022 00399 02

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada