

Exp. 02 2018 00593 01
Yomara Carreño Manrique contra Sodexo S.A.S.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE YOMARA CARREÑO MANRIQUE CONTRA
SODEXO S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2023 por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se procuraba el pago de descansos compensatorios y la reliquidación de acreencias laborales por el reconocimiento del trabajo dominical y festivo *habitual*.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, YOMARA CARREÑO MANRIQUE presentó demanda contra SODEXO S.A.S., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo de un año, que estuvo vigente entre el 20 de marzo de 2012 y el 31 de diciembre de 2017. Además, que trabajaba *un domingo cada 15 días*, así como los festivos, y que *no se le expidió la certificación contemplada en el artículo 29 de la Ley 782 de 2002*. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar indemnización de perjuicios equivalente a un día de salario *por no conceder el día compensatorio a los dominicales y festivos laborados durante la relación laboral*, y a reajustar las cesantías e intereses a las cesantías teniendo en cuenta estos días compensatorios, junto con la indemnización moratoria.

Exp. 02 2018 00593 01
Yomara Carreño Manrique contra Sodexo S.A.S.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 20 de marzo de 2012 suscribió con la empresa SODEXO S.A.S. un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (sic), el cual se renovó sucesivamente hasta el 31 de diciembre de 2017, en virtud del cual se desempeñó como *auxiliar de servicios generales* y devengó como salario mensual el mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, con excepción del año 2017 en el que recibió como remuneración la suma de \$800.030 sin auxilio de transporte. Tenía turnos rotativos de trabajo de 8 am a 4 pm, de 4 pm a 12 m y de 12m a 8 am, y trabajaba un domingo cada quince, días sin que se le otorgara un día compensatorio de descanso. Asegura que laboró todos los festivos con excepción al 1 de enero y el viernes santo, y tampoco se le otorgó un compensatorio por esa razón. Indica que, al momento de la terminación de su contrato de trabajo, la demandada no cumplió con la obligación de entregar la certificación contemplada en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, ni le entregó la autorización para el retiro de las cesantías como lo ordena el artículo 102 de la Ley 50 de 1990 pese a que la solicitó en repetidas ocasiones a la persona encargada de la entrega de la documentación (folios 1 a 18 archivo 01, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por SODEXO S.A.S. a través de apoderada judicial. Aceptó los hechos relativos al contrato de trabajo, sus extremos, el salario, el cargo desempeñado y los turnos, los demás los negó. Se opuso a las pretensiones de la demanda excepto aquella que procura la existencia de la relación laboral, con fundamento en que si bien la demandante laboró dominicales y festivos, ello no ocurrió de manera habitual y, en todo caso, se pagaron los reajustes debidos y el compensatorio conforme a lo establecido en la ley. Adicionalmente, asegura que canceló a la trabajadora todos los emolumentos a los que tenía derecho, razón por la cual la sanción deprecada carece de fundamento. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de *prescripción, compensación, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y buena fe* (folios 62 a 73, archivo 01).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de septiembre de 2023, mediante la cual el Juzgado Segundo (2o) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión la juez estimó que las pruebas obrantes dentro del proceso

Exp. 02 2018 00593 01
Yomara Carreño Manrique contra Sodexo S.A.S.

no acreditaron que la demandante hubiera laboró un domingo cada 15 días ni que hubiese prestado sus servicios todos los festivos del año excepto el primero de enero y el Viernes Santo, como lo aducen la demanda. Negó el pago de la sanción moratoria por no encontrar valores pendientes de pago a favor de la trabajadora a la finalización de su contrato de trabajo.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada empresa SODEXO S.A.S de todas y cada una de las pretensiones seguidas en su contra por la demandante YOMARA CARREÑO MANRIQUE. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la demandante YOMARA CARREÑO MANRIQUE dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. CUARTO: Si no fuera apelada la presente decisión, remítase en consulta al honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá”* (Audiencia virtual, archivo 09 primera instancia, récord 32:16)

CONSULTA

Como la sentencia fue desfavorable a la demandante y no fue apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (artículo 69 del CPT y SS) que pasa la Sala a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo que estuvo vigente entre el 20 de marzo de 2012 y el 31 de diciembre de 2017 y que terminó por vencimiento del plazo fijo pactado (folios 24 a 25, 74 a 75, 26, 76,77 a 78, 79 y 80 del archivo 01, primera instancia).

El Tribunal debe definir en consulta, (i) si hay lugar a disponer el pago de los descansos compensatorios y recargos dominicales y festivos, y en dado caso si procede el reajuste de las cesantías e intereses a las cesantías, y (ii) si hay lugar al pago de la sanción moratoria.

Exp. 02 2018 00593 01
Yomara Carreño Manrique contra Sodexo S.A.S.

(i) DESCANSOS COMPENSATORIOS Y RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS: Para resolver sobre esta materia, el artículo 172 del C.S.T. establece como obligación del empleador otorgar un descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores, cuya duración mínima es de 24 horas.

Por ello, cuando se labora en estos días de descanso en forma ocasional (hasta dos domingos durante el mes calendario), o en forma habitual (durante tres o más domingos mensuales), surge la obligación de pagar el trabajo realizado con el recargo legal¹ y otorgar un descanso compensatorio en otro día de la semana. No obstante, el descanso compensatorio del trabajo se puede pagar en dinero cuando el trabajo es ocasional (dice el artículo 180 CST: *“un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero”*) a elección del trabajador, posibilidad que no cabe cuando el trabajo dominical es habitual, situación que impone conceder el respectivo descanso compensatorio remunerado por cada día laborado.

Finalizado el vínculo contractual sin que el trabajador hubiese recibido los descansos compensatorios por la prestación del servicio durante los domingos –habitual u ocasionalmente– surge para él el derecho a recibir la respectiva compensación económica² y el juez la debe ordenar, si se prueba en el expediente los días específicos en que se trabajaron en días de descanso remunerado. El artículo 167 del C.G.P. asigna este deber al demandante por ser quien alega el hecho del cual se derivan las consecuencias jurídicas que reclama en el proceso judicial. Si bien dicha norma faculta al juez, según las particularidades del caso a distribuir las cargas al decretar las pruebas o durante su práctica, tal distribución se debe hacer explícita en la audiencia correspondiente (artículo 77 CPTSS) y antes de dictar la sentencia que resuelve el asunto, indicando de forma precisa el hecho que será objeto de la carga probatoria asignada.

¹ El trabajo en días festivos genera el pago de un recargo correspondiente al 75% sobre el salario ordinario, en proporción a las horas laboradas (artículo 179 del C.S.T.).

² En este sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando consideró que *“si bien hay que entender que ese disfrute se presenta cuando está vigente el contrato de trabajo, no puede lícitamente llegarse a concluir que aquel a quien se le ha negado ese descanso, teniendo derecho a él, lo pierde porque el contrato de trabajo se terminó. Sin duda alguna que finiquitado el vínculo, no puede ya el ex trabajador tomar los días debidos y utilizarlos para su descanso físico, como si se tratara de descansos compensatorios; pero eso no implica de ninguna manera que deba perder su equivalente en salario, ya que ello sería tanto como premiar al empleador que incumple la ley”*. (CSJ, Cas. Laboral, Sent. jun 25/2003, Rad. 20.029. M.P. Luis Gonzalo Toro Correa).

Exp. 02 2018 00593 01
Yomara Carreño Manrique contra Sodexo S.A.S.

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

Con el anterior referente normativo y jurisprudencial, y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto negó el pago de compensatorios y recargos dominicales y festivos, pues no existe evidencia alguna en el expediente que demuestre el trabajo efectuado por la demandante durante días de descanso remunerado y/o festivos.

Ningún medio de prueba se allegó al plenario tendiente a acreditar esa circunstancia.

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

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

Exp. 02 2018 00593 01
Yomara Carreño Manrique contra Sodexo S.A.S.

Es la misma demandante quien reconoce haber laborado dominicales y festivos, e indicar que la demandada efectuó el pago correspondiente de recargos y del compensatorio, pero lo estima incompleto por no haberse otorgado el descanso, situación que se corrobora con el *listado acumulado empleado por fecha de pago* (folios 82 a 103, archivo 01) en el que figuran pagos a la demandante por concepto de “*RECARGO DOMINICAL Y FESTI*” y “*HORAS COMPENSATORIAS*”. En esta circunstancia, tenía la demandante carga de aducir cuales fueron los días específicos en los que laboró, para que la demandada pudiera ejercer su defensa demostrando las sumas pagadas y/ o los descansos otorgados.

Como no se acreditó el derecho al pago de los recargos dominicales y festivos tampoco hay lugar a ordenar la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías causadas en vigencia de la relación laboral.

(ii) INDEMNIZACIÓN MORATORIA: El artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y las prestaciones que se hubieran causado en favor del trabajador durante la ejecución del contrato de trabajo, salvo que se demuestre buena fe del empleador.

Revisado el expediente el Tribunal confirmará también en este aspecto de la sentencia de primera instancia, pues no se probó que a la demandante se le adeude suma alguna a la finalización del contrato de trabajo por concepto de prestaciones sociales y/o salarios. Por el contrario, las evidencias aportadas dan cuenta que a la demandante se le pagaron todos los emolumentos a los que tenía derecho en vigencia de la relación laboral.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

Exp. 02 2018 00593 01
Yomara Carreño Manrique contra Sodexo S.A.S.

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 02 2022 00093 01
Mónica Moreno Pinzón Contra Colpensiones y Otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MÓNICA MORENO PINZÓN CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 5 de marzo de 2024 por la Juez Segunda (02) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MÓNICA MORENO PINZÓN presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de PORVENIR, por falta al deber de información. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, y a COLPENSIONES aceptarlos y recibirla como afiliada (ver demanda folios 02 a 28 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 02 2022 00093 01
Mónica Moreno Pinzón Contra Colpensiones y Otro.

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

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones, con fundamento en que el traslado de régimen pensional que efectuó la demandante estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, dicen que resulta improcedente declarar un error de derecho y que no se aporta prueba que dé cuenta que el acto de traslado se hubiera realizado con bajo algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse en los plazos legales y no lo hizo, además de estar inmersa dentro de la restricción contenida en el literal 3) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló las excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la excepción genérica* (ver contestación folios 02 a 39, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Indica que no se demuestra con las pruebas allegadas al plenario la falta del deber de información, ni la configuración de algún vicio del consentimiento en el acto de afiliación de la demandante, tampoco alguna vulneración a la voluntad, pues el traslado se dio de manera libre en aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. La demandante no cumple con lo estipulado en el literal e) del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por encontrarse dentro de los diez años para adquirir la edad de pensión, tampoco ejerció algún tipo de anotación o de protesto que permitiera dar a conocer su inconformidad. Presentó como excepciones de mérito las 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 excepción genérica o innominada* (ver contestación folios 02 a 40 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 02 2022 00093 01
Mónica Moreno Pinzón Contra Colpensiones y Otro.

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de marzo de 2024 mediante la cual la Juez Segunda (2) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora MÓNICA MORENO PINZÓN identificada con cédula de ciudadanía No. 20.633.084, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR el día 11 de agosto del 2003, tomando como fecha de efectividad el 1° de octubre de la misma anualidad. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a que TRANSFIERA dentro de los cuarenta y cinco (45) días todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante MÓNICA MORENO PINZÓN, junto con las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por la administración debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación realizada el 19 de abril de 1995, fecha en la cual data el formulario de la afiliación, 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 MÓNICA MORENO PINZÓN identificada con cédula de ciudadanía No. 20.633.084, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre*

EXP. 02 2022 00093 01
Mónica Moreno Pinzón Contra Colpensiones y Otro.

ejecutoriado el presente fallo. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada. QUINTO: ABSOLVER A LAS DEMANDADAS de las restantes pretensiones incoadas en su contra. SEXTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 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 Tribunal Superior de Bogotá 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 de Bogotá, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021.” (Audiencia virtual, récord 1:14:40, archivo 14, primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. pide se revoque el numeral segundo de la sentencia, esto es la devolución de las sumas indexadas con cargo a sus propios recursos. Afirma que la demandante tenía el deber de estar informada y de solicitar la información que considerara pertinente. Los rendimientos financieros compensan la pérdida del poder adquisitivo, por lo que resultan excluyentes. Solicita autorización para afectar el fondo de garantía de pensión mínima. Considera que es un imposible jurídico ordenar la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales. Pide se revoque la condena de indexación¹ (Audiencia virtual, récord 1:18:19, archivo 14, primera instancia).

¹ “Gracias, su Señoría es cuando entra la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa. Me permite interponer recurso de apelación parcial, encontrar el numeral segundo de la sentencia acaba de proferir, con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá resuelva sobre el asunto de la Presidencia, es decir, va a revocar las condenas impuestas a mi representada por venir SA de manera indexada y con cargo a sus propios recursos. Como se señaló en la parte motiva y resolutive de la sentencia, bajo las siguientes argumentaciones, en primer lugar honorables magistrados cabe resaltar al despacho que la demandante también le asistía, el deber de estar informada y sancionar si solo en los servicios que se va a contratar o utilizar luego tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional, con mi representada, teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales escritas, necesarias, precisa y suficientes, que le posibilitarán la toma de decisiones informadas en cuanto la indexación me permite. Resaltar que es improcedente, de acuerdo con lo mencionado en la sentencia C 00161 del 13 de mayo del 2010. 13 de mayo del 2010 Magistrado ponente, Edgardo Villamil Portilla en donde señala que la indexación consiste en la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspecto, aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se descinde periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la

EXP. 02 2022 00093 01
Mónica Moreno Pinzón Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso COLPENSIONES pide se revoque la condena. Afirma que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado. Señala que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema, además porque fue una decisión libre y voluntaria. Afirma que no tuvo injerencia en el acto jurídico del traslado y por ello no existe daño que deba reparar ² (Audiencia virtual, récord 1:23:00, archivo 14, primera instancia).

prestación, debe ser integrado conforme de cantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias, que fue cogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. 6 de 1998 adicionalmente, a través de la SL de las de la SL 9316, fechada el 29 de junio del 2016, se precisó que la indexación en la simple actualización de la moneda para contrarrestar la evaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, en este orden de ideas, y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada 1 de sus afiliados. Rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada 1 de sus afiliados. Por lo tanto, resulta incompatible, ordena la indexación por los recursos de la cuenta de rendido al de la parte demandante. No se han visto afectados por la inflación, por el contrario, le han generado rendimientos de igual manera y teniendo en cuenta que se está tratando la evolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la FP como consecuencia de la afiliación de la demandante, debe tenerse en cuenta que tal rubro sería excluyente con la indexación ordenada con relación al porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión mínima, si se declara la ineficacia del traslado a presionar en este asunto, vale mencionar que a partir de enero. Del 2003 estos recursos son recaudados en administrados por los privados en una cuenta especial destinada para tal fin. Hasta cuando la oficina de unos penales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorice que se utilicen para los pagos a los cuales fueron destinados por el legislador, tal como lo ordena el artículo Cuarto del Decreto 832 de 1996, el referido decreto en el artículo séptimo misión en forma expresa que en el régimen de ahorro individual la pensión mínima mínima de vejez se financiará con los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los aportes voluntarios y los hubiere con el valor de los bonos y títulos pensionales cuando de llover el lugar y cuando esto se Llover el lugar y cuando esto se agotan con las mensuales adicionales a cargo de la nación, luego, en consideración a la naturaleza que tienen los recursos del sistema general de pensiones, como lo son los del Fondo de Garantía de pensión mínima, se ordenará por venir a trasladar dichos porcentajes con cargo a la cuenta especial para cumplir la destinación específica que tienen estos recursos, esto es, financiar las pensiones de vejez en los eventos señalados en la norma. En consecuencia y sin mayores esfuerzos, se debe concluir que condenar a mi representada que traslade a col pensiones los aportes y los rendimientos financieros, sin descontar las sumas relacionadas con los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, es un imposible jurídico, porque se recompensa con pensiones. Pese a que la gestión en la administración de los aportes la hizo por venir, por lo que de manera lógica no se puede desconocer que las contingencias estuvieron cubiertas. Dando así mi representado cumplimiento al artículo 20 de la Ley 100 de 1993. 993 finalmente, en cuanto a que dichas condenas de pagan con cargo a los propios recursos de mi representada, no hay lugar a ello y solicitamos que se revoque por cuánto se estén poniendo una sanción a por venir, olvidando que dichas sanciones deben estar consignadas en la ley conforme lo indica la sentencia C 564 de 2000 Magistrado Ponente, Alfredo Beltrán Sierra. Así mismo, mi representada con la causación de rendimientos durante su afiliación a demostrar cada cumplimiento de sus obligaciones en beneficio de la demandante, bajo estos supuestos, de sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

² “Sí, eso es un bien efecto. Me permito hacer uso de la palabra y presentar recurso Apelación contra la sentencia que se acaba de proferir por este honorable extrajudicial Así las cosas, le solicita a los magistrados que conforman el Tribunal Superior de distrito Judicial, Sala Sala Bogotá, que se revoque la integralidad de la sentencia Como quiera que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo dos de la ley 797 en el 2003, en relación que pues una vez realizado el traslado de la demanda se tiene o la misma se encuentra inmersa en aquella provisión de carácter legal de esta manera, de manera respetuosa a los magistrados, tenga en cuenta que con el eternidad Notificaciones, traslado, se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de pensiones Financiero del sistema de pensiones asimismo, debe tenerse en cuenta que la vinculación de la demandante en el

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

régimen de prima de en el Rey disculpe fue producto de una decisión libre, consciente y voluntaria ¿Por donde? ¿Pues Eh, no sería procedente la declaratoria que en extrajudicial? Pues, declaró Asimismo, debe tenerse en cuenta, pues la teoría del del Derecho civil, en la cual el que causa el daño, es quien debe repararlo y no 1/3, como lo ves con pensiones, como quiera que no tuvo injerencia alguna en la celebración del acto jurídico del contrato o el angulación con la que provenía Si las cosas dejó presentado mi recurso, apelación que ensayista hace argumentarán, debió forma. Muchas gracias”

EXP. 02 2022 00093 01
Mónica Moreno Pinzón Contra Colpensiones y Otro.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 40³ años de edad y había cotizado 380,3⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 4 años y 3 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada superaba la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad- ver folios 61 y 62 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

³ Nació el 09 de junio de 1963, folios 61 y 62 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Porvenir folios 87 a 94 archivo 05

⁵ Ibidem

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

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

⁷ *Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por*

EXP. 02 2022 00093 01
Mónica Moreno Pinzón Contra Colpensiones y Otro.

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

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

los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 02 2022 00093 01
Mónica Moreno Pinzón Contra Colpensiones y Otro.

tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que tuvo la oportunidad de ingresar a laborar a la Registraduría Nacional, una vez allí se acercó un asesor del fondo con el argumento que tenía más respaldo que el ISS, el asesor le diligenció el formulario y procedió a su firma. No le brindaron información sobre las ventajas, desventajas y características de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 6 de febrero de 2024).

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

EXP. 02 2022 00093 01
Mónica Moreno Pinzón Contra Colpensiones y Otro.

inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

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

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

EXP. 02 2022 00093 01
Mónica Moreno Pinzón Contra Colpensiones y Otro.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 03 2020 00214 01

Héctor Daniel Álvarez Galindo contra Flexo Spring S.A.S.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE HÉCTOR DANIEL ÁLVAREZ GALINDO
CONTRA FLEXO SPRING S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia dictada el 3 de octubre de 2023 por el Juez Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra con las cuales se procuraba el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, HÉCTOR DANIEL ÁLVAREZ GALINDO presentó demanda contra FLEXO SPRING S.A.S. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que su contrato de trabajo terminó por despido sin justa causa. En consecuencia, pide que se le condene a pagar la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T. y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 18 de julio de 2007 suscribió con FLEXO SPRING S.A.S. contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Ayudante Lavado de Accesorios en la ciudad de Bogotá, el cual finalizó el 9 de abril de 2020 por despido injustificado. Indica que el salario pactado inicialmente fue de \$433.000 y el último fue de \$2.237.100, que fue promovido al cargo de impresor, y que la demandada adujo como justa causa una pelea de la que no fue culpable, aduciendo la violación al reglamento interno de trabajo, falta de cumplimiento a sus deberes y haber incurrido en falta grave a sus obligaciones. Refiere que no registra ninguna sanción ni llamados de atención por incumplimiento de sus obligaciones o prohibiciones especiales de orden laboral en los último 5 años.

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por FLEXO SPRING S.A.S. a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones afirmando que el contrato de trabajo terminó el 9 de abril de 2020 con justa causa plenamente demostrada, pues el extrabajador incumplió con sus obligaciones laborales, al agredir verbalmente y mediante gestos de mala conducta a sus compañeros de trabajo Andrés Camelo, Rubén Ramírez y Orlando Cárdenas, en el turno del 3 de abril de 2020, y sostener una pelea con el señor Andrés Camelo en la mañana del 5 de abril de 2020 en las inmediaciones de las instalaciones de la Compañía, en presencia de otros trabajadores, lo que en virtud del artículo 62 literal a) del Código Sustantivo del Trabajo, es causa de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa imputable al trabajador y no genera el pago de ninguna indemnización en favor de este. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *Justa causa comprobada en la terminación del contrato de trabajo, Cobro de lo no debido por inexistencia de obligación, pago, buena fe, prescripción y compensación* (folios 2 a 18, archivo 06 primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de octubre de 2023, mediante la cual el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de Justa causa comprobada en la terminación del contrato de trabajo, y absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión el juez estimó que las circunstancias señaladas en la carta de terminación del contrato de trabajo ocurrieron y fueron cometidas por el demandante en el cumplimiento de sus obligaciones, y que al analizar la conductas cometidas se encontró que las mismas efectivamente se subsumen en las establecidas como faltas graves, lo que lleva a aplicar el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, cuando las partes en cualquiera de los documentos citados en la norma -en este caso específicamente en el Reglamento interno de trabajo- califiquen como grave una conducta, el juez no puede apartarse de esa calificación.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción propuesta por la demandada y que denominó justa causa comprobada en la terminación del contrato de trabajo, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Artículo SEGUNDO: Como consecuencia, ABSOLVER a la demandada FLEXO SPRING S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante HÉCTOR DANIEL ÁLVAREZ GALINDO, de*

Exp. 03 2020 00214 01

Héctor Daniel Álvarez Galindo contra Flexo Spring S.A.S.

conformidad con la parte considerativa de esta providencia. Artículo TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia. Artículo CUARTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte accionante remítase el expediente a la sala laboral del Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá por Secretaría para que conozca del mismo en el grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia virtual del 3 de octubre de 2023, archivo 11 primera instancia, récord 1:05:53)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el DEMANDANTE sostiene que los testimonios no prueban la justa causa aducida, pues al momento de rendir su declaraciones eran empleados de la demandada lo que hace que su versión sea parcializada, además, la gravedad de la falta debe ser proporcional y si bien cabía una multa o suspensión del trabajador no era dable el despido, conductas como la sancionada son comunes y usuales en la clase social trabajadora y fue ocasional, además la empresa no puede reglamentar orientar y normatizar a sus trabajadores una vez termina la jornada de trabajo¹ (Audiencia virtual del 3 de octubre de 2023, archivo 11 primera instancia, récord 1:07:03).

¹ “muchísimas gracias, señor juez me acostumbraron, respeto manifiesto a su señoría que habiendo sido notificado en estrados de la decisión adoptada por su despacho me permito interponer el recurso de alzada ante el honorable tribunal superior de Bogotá en su sala laboral para que dicho ente colegiado revoque el fallo objeto del recurso y en su lugar acoja favorablemente las pretensiones de la demanda, este recurso se fundamenta en las siguientes consideraciones: fue motivo de análisis del señor juez de instancia el determinar si los hechos que fueron objeto de debate probatorio y objeto también del proceso administrativo de orden disciplinario adelantado por la empresa demandada a efecto de determinar la ocurrencia de los hechos ocurridos el 5, 6 de abril del 2020 y de esta manera encontrar su consagración legal como causal, de terminación del contrato de trabajo por justa causa esta labor de comparación de confrontación entre los hechos y las disposiciones legales se nos muestra como no fundamentada en la realidad procesal si se considera que la investigación disciplinaria adelantada por la empresa demandada y a la cual acude con frecuencia la prudencia objeto de recurso, da por cierto, los hechos expuestos en esta actuación administrativa cuando al ser comparadas las versiones de quienes expusieron ante el patrón o el empleador acerca los hechos ocurridos no dan una versión similar ni siquiera cercana en la diligencia ya de testimonio juramentado practicada dentro del debate probatorio se nos antoja que hay muchas discrepancias entre los testigos que depusieron dentro de la causa de orden judicial, para nosotros estas versiones se muestran como parcializadas como quiera que quiénes las rindieron en el momento en que lo hicieron, eran empleados de la empresa y están signados por la sospecha de que teniendo una relación laboral con una de las partes pudieron no ajustar sus dichos a la verdad, entonces con esta situación de parcialidad sospechosa, no puede tomarse como fundamento válido para sustentar una sentencia absolutoria para la parte pasiva, nos resulta también cuestionable que la persona directamente implicada en estos insucesos, me refiero al señor Andrés Camelo, sospechosamente hubiese renunciado al cargo en la empresa casi que inmediatamente que ocurrieron estos hechos y también sospechosamente habiendo sido citado tanto por la parte actora como por la demandada para rendir testimonio no lo hubiera rendido y por el contrario, se hubiese mostrado remiso, así que se pudiese solicitar al juzgado la conducencia del testigo por ignorarse su residencia o lugar donde pueda ser hallado en suma no creemos nosotros que sobre testimonios poco creíbles y sobre la ausencia de la verdad que hubiera podido rendirle el principal implicado a Andrés Camelo, pueda afirmarse que los hechos ocurrieron tal cual fueron tomados tanto por la empresa como por el fallo recurrido, además cuestiono Honorables Magistrados la literalidad con que se pretende sostener así lo diga la norma

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia, por estar contenidos en la sentencia y no haber sido apelados, los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que el 18 de julio de 2007 el demandante y FLEXO SPRING

sustantiva vertida en el Código Procesal del Trabajo en otras disposiciones así se diga, repito, que cuando las partes califiquen en el contrato de trabajo en el reglamento interno del trabajo o cualquier otro documento que suscriban determinada conducta como grave se tenga por parte del fallador como un axioma como una verdad absoluta esta afirmación porque es que siempre la parte dominante de toda relación laboral, en este caso el empleador son quienes elaboran los contratos de trabajo, son los que laboran los reglamentos de trabajo y por lo tanto, tienen la dominancia en la redacción de tales cláusulas presentándose una simple adhesión a lo afirmado en esos documentos por parte del trabajador como cuando a uno le muestran un contrato de adhesión y tome y firme, es hora honorable magistrados de que evolucione el concepto de lo que debe ser una falta grave como justa causa para terminar un contrato de trabajo, y ello porque esa calificación caprichosa de ser una conducta determinada justa causa no se compadece en el caso que nos ocupa con lo que ocurrieron los días 4, 5 y 6 de abril del 2020 en donde en dos momentos diferentes ya uno en la dentro de la empresa se presenta, al parecer el demandante con expresiones, al parecer desobligantes como ábrase como que lo voy a romper, esa mierda, estas expresiones son usuales hoy en el desarrollo de la cultura de un pueblo de una situación social o mejor de una clase social como es la trabajadora, es decir, se sabe que el trato entre cierto grupo de personas no es el refinado, no es el de palabras bonitas, sino por el contrario, es un trato, una jerga popular que no puede ser tomada como motivo para terminar un contrato de trabajo, ahora en lo que tiene que ver con los sucesos que ocurrieron al exterior de la empresa vuelvo e insisto, como lo dije en mis alegatos de conclusión que la empresa no puede pretender reglamentar orientar y norma tizar, la conducta de sus trabajadores una vez termine su jornada de trabajo, en este sentido consideramos que el fallo pecó por exceso, también el fallo no tuvo en consideración lo que en alguna oportunidad, la Corte Suprema de Justicia llamó como ocasionalidad de una conducta reprochable de parte del trabajador y que no puede ser tomada como fundamento de la terminación de un contrato de trabajo por justa causa, es decir, aquellas conductas de enfrentamiento verbal enfrentamiento de diversas condiciones entre trabajadores, si ésta es ocasional, no es ponible no es censurable y no puede ser tomada como fundamento para terminar un contrato de trabajo esta ocasionalidad, es decir, que haya sido un suceso aislado la conducta endilgada al trabajador no es fundamento para dar terminación al contrato de trabajo Honorable Magistrados, repito también igualmente que frente a la potestad del empleador de regular las relaciones de la empresa para con sus trabajadores y la de sus trabajadores entre si no es absoluta al calificar como grave una serie de situaciones que se nos parece demasiado casuística, redundantes y que aparecen contenidos en el reglamento interno de trabajo, que ha sido tantas veces mencionada en esta audiencia y que aparecen señalados entre los capítulos de obligaciones y deberes de los empleados y las prohibiciones a estos, de manera que por este aspecto, también consideramos que el fallo va más allá de la intencionalidad del legislador al consagrar las justas causas de terminación de un contrato de trabajo, se olvida en el fallo Honorable Magistrados igualmente el que se olvide que hay una progresividad de parte de un empleador para sancionar aquellas conductas contrarias a la convivencia laboral, por qué razón no se le impuso una multa, porqué pudieron más considerar la posibilidad de una suspensión del contrato de trabajo, o una llamada de atención, pudo más el hecho de terminar la relación laboral, no se respetó la progresividad establecida en el mismo reglamento interno de trabajo o es que frente a cualquier supuesta violación de las obligaciones o prohibiciones de un trabajador reguladas en el reglamento interno de trabajo isofacto sin ningún lugar a consideraciones más ponderadas acerca de los antecedentes del empleado cabe el afirmar que era dable terminar la relación del o mejor terminar el contrato de trabajo, no hubo progresividad en la sanción y 13 años de servicio para la firma demandada no fueron considerados como suficientes para calificar la conducta del demandante frente al cumplimiento de sus obligaciones laborales, entonces por este aspecto, tampoco se nos muestra la sentencia como acorde a los hechos que fueron objeto de debate probatorio, de esta manera consideramos Honorable Magistrados que debe revocarse la sentencia en primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones expuestas en la demanda de manera favorable le agradezco al señor juez me haya dado el uso de la palabra sin limitación de tiempo y en esos términos dejo su señoría sustentado el recurso de apelación. muchísimas gracias.

Exp. 03 2020 00214 01

Héctor Daniel Álvarez Galindo contra Flexo Spring S.A.S.

S.A.S. suscribieron contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de Ayudante de impresión, devengando como salario al terminar el contrato \$2.237.100 mensuales; (ii) que el último cargo desempeñado fue el de Impresor nivel IV; iii) y el vínculo finalizó el 9 de abril de 2020 por decisión unilateral de la demandada.

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si ocurrió o no un despido sin justa causa que dé lugar al pago de la indemnización reclamada.

INDEMNIZACIÓN DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. Para definir si la decisión unilateral de terminación del contrato de trabajo del actor se soportó o no en una justa causa legal, la legislación laboral colombiana establece, en el artículo 62 del Código Sustantivo, y de forma taxativa, los *hechos o conductas* de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización.

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

En el caso bajo examen, y según el texto de la carta de despido incorporada a las diligencias, el empleador endilgó al demandante, como justa causa para terminar el contrato de trabajo, los malos tratos, las agresiones verbales y gestos de mala conducta del demandante con sus compañeros de trabajo Andrés Camelo, Andrés Ramírez y Orlando Cárdenas en el turno del 3 de abril, y la pelea sostenida con Andrés Camelo en la mañana del 5 de abril en las

Exp. 03 2020 00214 01

Héctor Daniel Álvarez Galindo contra Flexo Spring S.A.S.

inmediaciones de las instalaciones de la compañía en presencia de otros trabajadores².

Dichas conductas se enmarcan en el numeral 6° del artículo 62 del CST: *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o*

2

Las conductas por usted desplegadas atienden una responsabilidad individual para cada una de ellas así:

1. La agresiones verbales y gestos de mala conducta con sus compañeros de trabajo Andrés Camelo, Rubén Ramírez y Orlando Cárdenas en el turno del 3 de abril.
2. La pelea sostenida con el señor Andrés Camelo en la mañana del 5 de abril en las inmediaciones de las instalaciones de la Compañía, en presencia de otros trabajadores.

Ambas conductas se encuentran debidamente comprobadas con las pruebas que fueron allegadas al proceso disciplinario y que no fueron refutadas por usted más allá de la simple negación de su responsabilidad expuesta en la diligencia de descargos, sin embargo, tales conductas son consideradas como una falta grave de conformidad con el Reglamento Interno de Trabajo. Es relevante, además, el hecho de que las agresiones verbales en medio de una discusión relacionada con el trabajo, terminara en una agresión física entre compañeros de trabajo sin haber lugar a ello, pudiendo inclusive haber tenido un desenlace más catastrófico con lesiones personales de gravedad o incluso la muerte, además de la responsabilidad penal que puede llegar a existir por tales hechos que son catalogados como conductas punibles por los delitos de injuria y lesiones



Consideramos que con sus conductas incumplió de manera grave las obligaciones legales y contractuales propias de su cargo, las cuales están debidamente establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, el Reglamento Interno de Trabajo y el contrato de trabajo suscrito entre las partes.

En consecuencia, encontramos que hubo una pérdida de confianza por parte de la empresa frente a usted, dada la omisión en el efectivo desarrollo de sus funciones y la ruptura con las relaciones entre compañeros de trabajo y superiores jerárquicos.

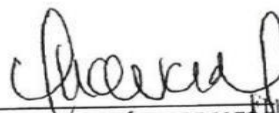
Así las cosas, se materializa la justa causa de terminación de contrato de trabajo establecida en el numeral 6 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo:

“6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

En virtud de lo expuesto, se valida la presente decisión de la Compañía de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa.

Le informamos que contra la presente decisión procede el recurso de apelación, el cual deberá ser interpuesto por escrito dentro de los dos (02) días hábiles siguientes a la notificación de esta decisión.

Atentamente,


LILIANA MARTÍN MORALES
 Jefe de Talento Humano Plantilla 2800.214-01
 FLEXO SPRING S.A.S.

Exp. 03 2020 00214 01

Héctor Daniel Álvarez Galindo contra Flexo Spring S.A.S.

convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”. La demandada adujo la violación del Reglamento Interno de Trabajo de la Compañía en los literales a), b), c), d), e), f), g), h), u) del artículo 62, numerales 1, 4 y 5 del artículo 66, numerales 2, 8 y parágrafo del artículo 67, numerales 36, 37 y parágrafo del artículo 70, numerales 4, 9, 20, 32 y 39 del artículo 74 y el artículo 75 (folios 81 a 84 archivo 20, primera instancia).

En esta causa legal de despido (literal A, numeral 6º del artículo 62 del CST) se autoriza al empleador para dar por terminada la relación de trabajo cuando el trabajador ha incurrido en una *falta grave* a las obligaciones pactadas.

Ante la dificultad que tendría una regulación general sobre gravedad de las omisiones frente a los deberes específicos de cada trabajador, la norma autoriza que la connotación de *gravedad* se asigne por las partes al suscribir el contrato de trabajo o la convención colectiva, por el empleador en los reglamentos de trabajo, o por un tribunal de arbitramento al decidir sobre este aspecto en un laudo arbitral. Si no se ha definido por las partes dicha connotación, el juez evaluará la situación y decidirá lo pertinente, atendiendo a las responsabilidades inherentes al cargo que desempeña el trabajador y la afectación que produzca la falta en el funcionamiento de la empresa.

Con estas precisiones normativas, para definir sobre la existencia de justa causa en situaciones como la que plantea la demanda, el juez debe estudiar las pruebas aportadas al expediente para verificar específicamente: i) si las conductas descritas en la carta de despido ocurrieron o no, ii) si constituyen una *falta* a obligaciones y prohibiciones que el trabajador tuviera asignadas en su relación de trabajo; y iii) si dichas faltas revisten gravedad.

i) Sobre lo primero, tal como lo señaló el juez de primera instancia, se encuentra probado en el expediente que el demandante en efecto participó en un altercado verbal con su compañero de trabajo Andrés Camelo, el cual desencadenó en agresiones físicas.

Así se verifica del acta de descargos realizada el 08 de abril de 2020, en la que al interrogársele al demandante: “¿Sabe usted la razón por la cual fue citado a la presente diligencia de descargos?” contestó: “Si señora, por el encontrón que tuvimos con el señor Andrés (Montador)”. En esa misma diligencia se le cuestionó: “¿Diga cómo es cierto sí o no, ¿Qué usted sostuvo una pelea con el señor Andrés Camelo el domingo 5 de abril a la salida de su

turno de trabajo?” a lo que respondió: “Si y no porque sostener una pelea es irse a los golpes (...) yo sigo mi camino con mi bicicleta y el se me viene adelante y se me atraviesa y me dice ahora si lo voy hacer echar (...) cuando ya llegamos a la carrilera yo dije este man que, entonces yo me baje de la bicicleta y le dije ahora si que va hacer, el me tiró un puño luego me tiró otro puño y yo lo que hice fue empujarlo (...) cuando mire para atrás el me dio un puño por la espalda y me hizo caer el se fue encima de mi como a tirarme pata, entonces ahí yo lo bote al piso y le coloque la rodilla encima y le dije no moleste no quiero pelear y lo solté (...)” así mismo se le preguntó: “¿Sírvase indicar en qué lugar se llevó a cabo la pelea?” frente a lo cual indico: “Entre la carrilera y uno 20 metros más hacia este lado” también se le indagó: “¿Sírvase indicar si habían trabajadores o contratistas de la compañía presenciando la pelea?” A lo cual contesto: “Afuera si había artos, pero el único que estaba allá cerquita era David y el pelado que esta ahorita en los Anilox, el resto estaban lejos, pero había varios observando” (folios 17 a 21 del archivo 02 y 24 a 29 archivo 12, primera instancia).

Sobre la materia obran las declaraciones en el trámite administrativo de: MAURICIO RUIZ, ANDRÉS FELIPE CAMELO PÁEZ, ORLANDO CÁRDENAS Y RUBÉN RAMÍREZ, y declararon en este proceso judicial: ORLANDO CÁRDENAS Y RUBÉN RAMÍREZ. Obran además los informes realizados sobre lo sucedido (folios 126 a 130 archivo 06 primera instancia).

El testigo ORLANDO CÁRDENAS indicó que el 3 de abril del año 2020 se encontraban en turno de trabajo, y el demandante llegó al área de montajes con un trabajo, refiriéndose en malos términos a su compañero Andrés Camelo, y diciéndole que: “esa mierda no me sirve”, por lo cual el señor Camelo le reclamó, y el 5 de abril de 2020 a las 6:00am éste último Andrés Camelo estaba sacando la bicicleta y vio cuando el demandante le propinó un puño en la cara, lo hizo caer y se agarraron a golpes (Audiencia del 01 de junio de 2023 hora 1:18:21 y 1:20:28 del archivo 08 primera instancia).

El testigo RUBEN DARÍO RAMÍREZ PALMA, indicó que él y su compañero Andrés Camelo se encontraban trabajando en la máquina sobre las 10:00pm, cuando llegó el ayudante del señor Álvarez Galindo, solicitándoles que le hicieran un injerto a una de las mangas, a lo cual no accedieron, indicándole que no se podía hacer porque las mangas eran nuevas y al hacer el injerto las iban a rayar, indica que en una reunión les informaron que para hacerlo se requería autorización expresa del supervisor del momento, en ese momento

Exp. 03 2020 00214 01

Héctor Daniel Álvarez Galindo contra Flexo Spring S.A.S.

llegó el demandante con un rodillo y una manga, la tiró en uno de los carros la golpeó durísimo y dijo que necesitaba que *“le cambiaran esa mierda”* que *“ellos no hacían nada bien”*, que *“no sabían ni mierda”* que *“voy hablar con este con el otro”*, y se fue, entonces Andrés Camelo fue detrás de él hacia la maquina donde se encontraba el demandante, le reclamó por lo sucedido y tuvieron una discusión. Agregó que el demandante se caracterizaba por tener una forma muy tosca para pedir y decir las cosas, y que sus agresiones verbales eran permanentes con todos los compañeros que estuvieran en turno manipulando la máquina (Audiencia del 01 de junio de 2023 Min. 36:53, 37:41 y 38:34 del archivo 08 primera instancia).

En el interrogatorio de parte el demandante no desconoce que tuvo una discusión con el señor ANDRÉS CAMELO, ni que el 5 de abril de 2020 tuvo una pelea, le puso la rodilla encima, le dijo que no era para que se *agarraran a golpes*, y se retiró (Audiencia del 01 de junio de 2023 Min. 1: 08:20 del archivo 08 primera instancia).

Conforme a ello, no existe duda de que el demandante se vio involucrado en una discusión con otro trabajador, en maltrato a sus compañeros y en agresiones físicas con su compañero de trabajo ANDRÉS CAMELO los días 3 y 5 de abril de 2020 respectivamente, como se le indicó en la carta que puso fin al contrato de trabajo.

ii) Sobre lo segundo (si la falta constituye una omisión a las obligaciones legales o contractuales del trabajador) la Sala advierte que la conducta aducida por el empleador efectivamente constituye una falta a obligaciones *contractuales* del trabajador.

Sobre el asunto, basta con remitirse al contenido del numeral 37 del artículo 70 del Reglamento Interno De Trabajo, en el que se estableció como una prohibición especial del trabajador *“37. Originar riñas, discordias o discusiones con otros trabajadores de La Empresa, tomar parte de tales actos dentro o fuera de la misma”* (folios 51 y 52, archivo 06 primera instancia).

iii) Finalmente sobre el tercer aspecto necesario para definir la existencia de una justa causa para despedir por los hechos que se analizan (la gravedad de la conducta endilgada), la Sala también encuentra prueba suficiente de la calificación de gravedad que dieron las partes a la conducta desplegada por el trabajador, pues así lo definieron en la cláusula 6ª del contrato de trabajo al

señalar que serían justas causas *“las faltas que para el efecto se califiquen como graves en reglamentos y demás documentos que contengan reglamentaciones, órdenes, instrucciones o prohibiciones de carácter general o particular, pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales y las que expresamente convengan calificar así en escritos que formaran parte integrante del presente contrato (...)”* (cláusula 6, folio 17 archivo 12, primera instancia), y el numeral 37 del artículo 70 del Reglamento Interno de Trabajo, estableció como prohibición especial a los trabajadores: *“Originar riñas, discordias o discusiones con otros trabajadores de La Empresa, tomar parte de tales actos dentro o fuera de la misma”,* el parágrafo de la misma norma convencional dispone: *“La violación de cualquiera de estas prohibiciones se califica como falta grave y puede constituir justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, previa realización del respectivo proceso disciplinario”.*

Al haberse acreditado que el demandante incurrió en la prohibición calificada como falta grave, el despido se encuentra justificado como el empleador lo indicó en la carta de terminación del contrato de trabajo. Pero en todo caso, el Tribunal encuentra gravedad intrínseca de las faltas cometidas, pues originar o participar en riñas o actos de agresión verbal y física, son conductas reprochables en el escenario social e intolerables en una empresa, pues no solo afectan directamente la disciplina, la armonía y el buen ambiente de trabajo, sino que, en casos como el presente, la crispación y la ausencia de paz afectan sin duda la seguridad de las personas y de las cosas pues en el lugar de trabajo se manipulaban máquinas cuyo manejo exige serenidad, cuidado, y atención.

No sobra señalar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que el *maltrato* inferido por un trabajador a otros dentro del servicio, es decir, en las labores o en aspectos inherentes a las mismas, y aquel en que incurra el patrono en cualquier circunstancia, no requieren del ingrediente de gravedad para que se configure una justa causa de despido, cosa que sí exige la ley en el evento de que el maltrato ocurra fuera del servicio por parte del empleado³.

³ “CSJ SL, 27 nov. 2000, rad. 14705. El legislador en lo laboral ha sido particularmente riguroso en exigir a las partes del contrato de trabajo el buen trato, y ello es apenas natural dado que se trata de un nexo jurídico de tracto sucesivo que usualmente comporta entre el patrono, sus representantes, el trabajador y los demás compañeros de labor, un alto grado de convivencia, de forma que las relaciones laborales deben ser muy consideradas y en el trato entre sus componentes ha de imperar, la cortesía, el decoro, la seriedad y el más absoluto respeto. Estableció, en consecuencia, que la contravención a este elemental supuesto de concordia, autoriza al agraviado para terminar unilateralmente el vínculo, con justa causa”.

Exp. 03 2020 00214 01

Héctor Daniel Álvarez Galindo contra Flexo Spring S.A.S.

Finalmente se dirá, frente a las objeciones a los testimonios por el carácter subordinante que ejerce Flexo Spring S.A.S. sobre ellos, que revisados sus dichos y contrastados con las demás evidencias allegadas al plenario ofrecen credibilidad por su espontaneidad y naturalidad al momento de responder las preguntas, y que sus dichos son pruebas útiles por constarles de manera directa las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos debatidos.

Por todo lo dicho se demostró la existencia de una justa causa en la terminación del contrato de trabajo de HÉCTOR DANIEL ÁLVAREZ GALINDO, y no procedía el pago de indemnización por despido injusto, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS de la apelación a cargo del demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Exp. 03 2020 00214 01

Héctor Daniel Álvarez Galindo contra Flexo Spring S.A.S.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ISAÍAS BELTRÁN GUTIÉRREZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la COLPENSIONES y conocer en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 26 de octubre de 2023 por la Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer el retroactivo de la pensión de invalidez por el periodo comprendido entre 1 de noviembre de 2019 y el 30 de noviembre de 2020, junto con los intereses moratorios.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ISAÍAS BELTRÁN GUTIÉRREZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de invalidez causado desde la fecha en que le fue pagada la última incapacidad, esto es, desde el 31 de octubre de 2019, junto con los intereses moratorios y la indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que nació el 28 de septiembre de 1958, y fue calificado con una PCL del 76.56% mediante dictamen No. 3616649, con fecha de estructuración 1 de mayo de 2009. Solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez el 29 de septiembre de 2020, y COLPENSIONES mediante resolución SUB 262177 del 2 de diciembre de 2020 reconoció la prestación a partir del 1 de diciembre de 2020, y negó el pago del retroactivo en razón a que el certificado de incapacidades no contaba con firma y cargo

de la persona responsable de la EPS FAMISANAR, decisión que fue confirmada en resolución SUB 280261 del 24 de diciembre de 2020. Aduce que el auxilio por incapacidad le fue pagado hasta el 31 de octubre de 2019, y las incapacidades que aparecen transcritas en el certificado con fechas del 27 de octubre del 2020 al 28 de noviembre del 2020 y del 28 de noviembre del 2020 hasta el 1 de diciembre del 2020 no se pueden tener en cuenta por ser posteriores a la calificación y a la solicitud de pensión (ver página 1 a 6 archivo 01 y subsanación archivo 05, primera instancia del expediente digital).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones. Afirma que reconoció pensión de invalidez al demandante conforme a la normatividad vigente para lo cual tuvo en cuenta que la EPS FAMISANAR informó que sufragó las incapacidades a favor del pensionado entre el 28 de noviembre y el 1 de diciembre de 2020, incapacidad 0007816964, siendo ésta la última incapacidad pagada por la EPS; de esta manera la efectividad de la prestación reconocida fue desde el 1 de diciembre de 2020 conforme la resolución SUB 262177 de 2 de diciembre de 2020. Aduce que la EPS FAMISANAR radicó concepto de rehabilitación el día 13 de noviembre de 2019 mediante BZ2019_15240050 donde informó un pronóstico de recuperación desfavorable respecto de las patologías padecidas por el afiliado, por lo que no sería jurídicamente procedente el pago de las incapacidades generadas desde el día 181 hasta el 540, además, en caso de existir incapacidades pendientes de pago se debe tener en cuenta que sólo hasta el 27 de mayo de 2020 la EPS FAMISANAR emitió calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional del demandante, esto es después del día 150 de incapacidad, incumpliendo lo estipulado en el Art. 142 del Decreto 019 de 2012 y por ello es la EPS quien debe asumir el pago. Frente a los intereses moratorios y la indexación aduce que no son procedentes cuando los requisitos para la pensión no se probaron en sede administrativa, sino con las pruebas que se aportan con la demanda. En su defensa formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, buena fe de COLPENSIONES, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, la innominada o genérica y no comprender*

la demanda a todos los litisconsortes necesarios (ver contestación folios 02 a 16 archivo 09, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de octubre de 2023, mediante la cual la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo de la pensión de invalidez a favor del demandante por el periodo comprendido entre 1 de noviembre de 2019 y el 30 de noviembre de 2020, en cuantía de \$12.140.181, junto con los intereses moratorios a partir del 29 de noviembre de 2020, y absolvió de indexación. Para tomar su decisión adujo que los fundamentos de defensa no se ajustan a la realidad pues la EPS emitió concepto desfavorable el 28 de octubre de 2019, concepto que remitió en esa misma fecha a la administradora de pensiones. Frente al certificado de incapacidades no encontró las inconsistencias alegadas por COLPENSIONES y advirtió que el demandante recibió el pago efectivo de subsidios de incapacidad temporal por parte de la EPS sólo hasta el 31 de octubre de 2019, pues los causados con posterioridad no fueron reconocidos ni pagadas, además estaban a cargo de la misma COLPENSIONES. Ordenó el pago de los intereses moratorios y absolvió de la indexación por ser incompatible con los intereses.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES, a reconocer y pagar al demandante ISAÍAS BETANCUR GUTIÉRREZ, la suma de \$12.140.181 por concepto de retroactivo de pensión de invalidez causado por el periodo comprendido entre el 01 de noviembre del 2019 al 30 de noviembre de 2020, suma la cual se autoriza a la demandada desde ya descontar los aportes generados con destino al sistema de Seguridad Social en salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES, a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 del 1993, a partir del día 29 de noviembre del 2020, liquidados sobre las mesadas pensionales causadas y no pagadas y hasta que se realice efectivamente el pago de dichas mesadas Pensionales. TERCERO: DECLARAR probada la excepción de mérito propuesta por la demandada denominada inexistencia del derecho reclamado con relación al pago indexado de las sumas objeto de condena y se declaran no probadas los demás medios exceptivos invocados de conformidad con las motivaciones expuestas. CUARTO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES, de las demás pretensiones incoadas en su*

contra. QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES, liquídense por Secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$1.160.000. SEXTO: COMO QUIERA que esta decisión resulte adversa en los intereses de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral para que se resuelva lo que en derecho corresponde.” (Audiencia virtual min 24:39, archivo 15, primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso COLPENSIONES solicita que se revoque la condena de pago de intereses moratorios. Para el efecto aduce que los requisitos para el acceso a la pensión no se probaron en sede administrativa sino en el trámite del proceso¹ (Audiencia virtual min 29:21, archivo 15, primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución SUB 262177 del 2 de diciembre de 2020 COLPENSIONES reconoció pensión de invalidez a favor del demandante a partir del 1° de diciembre de 2020 en cuantía inicial de \$877.803, con fundamento en un dictamen que estableció pérdida de

¹ “gracias, señoría, me permito interponer recurso de apelación contra la decisión adoptada por este despacho bajo las siguientes consideraciones resulta imperioso advertirle en procedencia de la condena aludida a la sanción por el retardo no es procedente la condena de los intereses moratorios cuando los requisitos para la pensión no se probaron en sede administrativa, sino que las pruebas se aportaron con la demandada o se pide a su práctica en el curso del proceso judicial para su mayor fundamento me permito citar uno de los apartes de la interpretación jurisprudencial del citado artículo 141 de la ley 100 de 1993, realizado por la sala de casación laboral en la sentencia c del 2007 radicación 32003 magistrada ponente Elsy pilar cuello calderón lo anterior no quiere decir, que sin embargo que los intereses moratorios nazcan también a partir de ese mismo momento, por cuanto como ya se dijo y lo resaltó reiteradamente el tribunal no puede perderse de vista que la entidad administradora cuenta con un término para resolver la petición de modo que los intereses solamente empiezan a causarse si el pago se hace por fuera de aquel plazo todo lo expuesto permite afirmar que el tribunal no se equivocó cuando consideró que los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 se generan desde el momento en que venció el término de gracia que tienen las administradoras de pensiones para resolver la solicitud de pensión, se procede a su pago y no lo hacen, por supuesto la anterior jurisprudencia citada se colige con mayor fuerza de argumentación, la improcedencia de la mentada sanción moratoria, no obstante, es menester advertir que de acceder a tal condena estás solo se causan tratándose de la pensión de vejez e invalidez a partir del sexto mes siguiente a la presentación de la solicitud de reconocimiento pensional y al tercer mes de los eventos en que la prestación consista en pensión de sobrevivientes en base a lo anterior no es dable acceder a las pretensiones de la parte actora por carecer de sustento lógico y jurídico y por ende no se plantea fórmula conciliatoria en virtud de lo expuesto en esta procedencia le solicito al honorable sala laboral del tribunal del distrito judicial de bogotá revocar la sentencia objeto de esta apelación y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una las pretensiones impetradas en su contra de esta manera dejo sentado y sustentado mi recursos de apelación gracias señoría.”

capacidad laboral del 72.56% por causas de origen común y haber cotizado más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez –1 de mayo de 2019- (ver archivo GRF-AAT-RP-2020_9727847-20201202114802.pdf, expediente administrativo).

La controversia se centra en definir (en CONSULTA): (i) si procede o no el pago de las mesadas causadas entre el 01 de noviembre de 2019 y la fecha a partir de la cual la entidad reconoció el derecho pensional (30 de noviembre de 2020); en dado caso, (ii) si procedía a no el pago de intereses moratorios (que fue objeto del recurso de apelación).

(i) Para resolver lo primero, el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 dispone claramente que *“la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de la parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”*, de lo cual resulta clara la imposibilidad para un afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral de recibir simultáneamente las mesadas de una pensión de invalidez y los subsidios por incapacidad para laboral. Sobre este aspecto se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado (ver Sentencia SL1562 de 2019)².

Bajo esta premisa y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el pago del auxilio por incapacidad a partir del 1 de noviembre de 2019, pues se probó que, causado el derecho a la prestación por invalidez en el demandante, desde la fecha referida no recibía los pagos correspondientes a su incapacidad.

El último auxilio por incapacidad pagado al demandante fue el del periodo transcurrido entre el 5 de octubre de 2019 y el 31 de octubre de 2019.

Es de anotar que, en los documentos aportados como prueba del pago de incapacidades, las causadas en fecha posterior no tienen el estado de *pagada*.

² Con igual claridad el artículo 10 del Acuerdo 49 de 1999 establecía: *“[c]uando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio”*. Tal contenido fue reproducido por el artículo 3º del Decreto 917 de 1999: **“Artículo 3º. Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.**

Al respecto se advierte que (i) las incapacidades causadas del 01 de noviembre de 2019 al 25 de noviembre de 2020 (No. 0007263659, 0007267345, 0007346766, 0007387490, 0007463437, 0007460786, 0007560245, 0007560250, 0007741763, 0007560264, 0007660950, 0007662212, 0007662264, 0007662220, 0007623716, 0007672972, 000766105 y 0007708935) tienen estado “*Negada*”, el valor liquidado se reporta en “0”, y en la causal de negación se lee: “*Usuario presenta incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012*”; (ii) la incapacidad No. 0007842347 del 27 de octubre de 2020 al 25 de noviembre de 2020 tiene estado “*Radicada*”, el valor liquidado por concepto de incapacidad se reporta en “0”, y en la causal de negación se lee: “*Usuario con incapacidad prolongada (540)*”; y (iii) la incapacidad No. 7816964 del 28 de noviembre al 01 de diciembre de 2020 si bien dice *valor total pagado \$58.520* lo cierto es que su estado es “*Pre-Liquidación*” (ver páginas 9 y 10 archivo 01, primera instancia).

En atención a lo establecido en los artículos 243 y 244 del CGP y 25 de la Ley Anti-trámites (Decreto 19 de 2012), COLPENSIONES no podía solicitar al demandante el aporte de documentos adicionales o la autenticación de firmas, pues se allegó la certificación de incapacidades que emite la EPS y cualquier información adicional bien podía ser verificada por la AFP al momento de hacer el estudio pensional. De haber sido el caso, la entidad podía tachar la falsedad de los documentos y proponer las acciones penales correspondientes, o desconocerlos según la normatividad sobre la materia, pero lo que no podía hacer era imponer cargas administrativas adicionales al afiliado para negar el reconocimiento oportuno de su derecho pensional.

Procedía entonces el reconocimiento de las mesadas causadas entre el 1 de noviembre del 2019 al 30 de noviembre de 2020, momento a partir del cual se reconoció la prestación.

El Tribunal efectuó las operaciones aritméticas para definir el valor del retroactivo. De ellas obtuvo la suma de \$12.331.738³, levemente superior al reconocido en primera instancia en \$12.140.181, suma que no se modificará

³ Se precisa que el valor de la mesada para el año 2019 se obtuvo de deflactar la mesada reconocida para el año 2020 (\$887.803).

para no afectar el interés de COLPENSIONES en favor de quien se está conociendo esta decisión como único apelante y en el grado jurisdiccional de Consulta.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

AÑO	MESADA	INCREMENTO	NÚMERO DE MESADAS	RETROACTIVO
2019	\$ 855.302	3,80%	3	\$ 2.565.905
2020	\$ 887.803		11	\$ 9.765.833
TOTAL RETROACTIVO				\$ 12.331.738

Cabe indicar que las mesadas adeudadas no se encuentran prescritas, pues la reclamación administrativa se elevó el 29 de septiembre de 2020 (ver resolución SUB 280261 del 24 de diciembre de 2020), la resolución que negó el retroactivo pensional se notificó el 30 de diciembre de 2020 (ver archivo GEN-RES-CO-2020_13321028-20201230122722.pdf, exp administrativo) y la demanda se presentó el 01 de septiembre de 2022 (archivo 01, primera instancia).

(ii) Para resolver sobre la condena al pago de intereses moratorios, que fue la materia sobre la cual se propuso apelación, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone a cargo de las entidades del Sistema de pensiones intereses de mora por el retardo en el pago de las mesadas de pensión a sus afiliados.

Tratándose de la primera de ellas, en pensiones de invalidez, el interés corre cuando ha transcurrido el plazo de cuatro meses que tienen las entidades del Sistema para agotar el trámite administrativo y de investigación pertinente a la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado haya presentado la solicitud con los documentos pertinentes a su asignación (la Sentencia SU975 de 2003 permite la aplicación analógica del artículo 19 del decreto 656 de 1994).

Con estos referentes normativos y revisado el expediente, se modificará la sentencia de primera instancia, pues el pago de intereses moratorios sobre cada una de las mesadas adeudadas corre a partir del 29 de enero de 2021, cuatro (4) meses después de que se presentó la reclamación administrativa ante la entidad (el 29 de septiembre de 2020 – ver resolución SUB 262177 del

02 de diciembre de 2020), y se deben pagar hasta que se verifique el pago del retroactivo.

No es posible acoger los argumentos que expone la demandada para la exoneración de esta condena, pues el demandante acreditó ante ella el lleno de los requisitos -incluido el pago de la última incapacidad para el 31 de octubre de 2019- en el momento que solicitó el reconocimiento de su prestación, el 29 de septiembre de 2020, tal como lo reconoció la misma administradora en la resolución que ordenó el pago de la prestación (ver expediente administrativo resolución SUB 262177 del 02 de diciembre de 2020, aportado por la entidad demandada).

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia dictada en primera instancia, para establecer que los intereses moratorios corren a partir del 29 de enero de 2021, y se deberán liquidar sobre las mesadas pensionales causadas y no pagadas hasta que se realice efectivamente el pago.
2. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 09 2022 00374 01
Miguel Ángel Martínez Torres contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ TORRES
CONTRA SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2023 por la Juez Novena (09) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ TORRES presentó demanda contra SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare *ineficaz* la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS así como su posterior traslado horizontal realizado mediante SKANDIA ante el *incumplimiento de información completa, veraz, oportuna e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la decisión de su traslado al RAIS por lo que fue inducido a error por parte de los fondos privados*. En consecuencia, pide que se declare que se encuentra válidamente afiliado en el RPM sin solución de continuidad.

EXP. 09 2022 00374 01

Miguel Ángel Martínez Torres contra Colpensiones y otros.

Pide que se condene a SKANDIA a trasladar la totalidad de los aportes junto con los rendimientos que por ellos se generaron y la historia laboral (ver demanda folios 48 a 60 archivo 01 del expediente digital trámite de primera instancia).

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

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Afirma que no participó en el traslado inicial de régimen pensional, precisa que el 28 de septiembre de 2018 el demandante suscribió solicitud de vinculación por cuarta vez a este fondo, como traslado de Colfondos, la cual se hizo efectiva el 1 de noviembre de 2018 y se encuentra vigente. Conforme las previsiones legales la selección de régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado por lo que al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias del régimen conforme lo dispone la Ley 100 de 1993, decisión que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación acto jurídico que está vigente y goza de efectividad. Formuló como excepciones de fondo las que denominó: *SKANDIA no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción de la acción, buena fe y la genérica* (ver contestación folios 1 a 49 archivo 03 y subsanación archivo 13, primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993. Indica que se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad al suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, que al momento del traslado no se encontraba inmerso en alguna causal de prohibición, y que la suscripción del formulario de afiliación denota la aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *errónea e indebida aplicación del*

artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica y la innominada o genérica (ver contestación folios 10 a 53 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso también a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra. Afirma que brindó a la demandante una asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones de trasladarse dentro del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, ventajas y desventajas, bonos pensionales, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y derecho de retractó, como consta en el formulario correspondiente que suscribió la demandante. Resaltó que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen ratificaron su voluntad de permanencia lo que desvirtúa el presunto engaño al que habría sido sometido para realizar el traslado. El demandante no es beneficiario del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima de alcanzar la pensión. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos*. (ver contestación archivo 06 y folios 1 a 21 archivo 12 subsanación de demanda primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de diciembre de 2023 mediante la cual la Juez Novena (09) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes

EXP. 09 2022 00374 01

Miguel Ángel Martínez Torres contra Colpensiones y otros.

pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ TORRES, entre el régimen de prima media administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS el 20 de diciembre del 96. SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor algún acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta ahorro individual del demandante durante la vigencia de su afiliación a su fondo de pensiones, por lo considerado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de SKANDIA y COLFONDOS todos los valores que le fueron trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando la historia laboral del demandante las correspondientes semanas. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. SEXTO: COSTAS lo serán a cargo de COLFONDOS, tásense por Secretaría y fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo indicado en la parte motiva, SÉPTIMO: de no ser apelado, remítase el presente asunto ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”* (Audiencia virtual, récord 23:34, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

EXP. 09 2022 00374 01

Miguel Ángel Martínez Torres contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLFONDOS S.A. pide que se revoque la sentencia en lo que le resulta desfavorable. Afirma que para el momento de la afiliación el demandante no se encontraba laborando y tenía 32 años, eso quiere decir que si recibió una asesoría y se determinó que lo más favorable era la vinculación al RAIS. Asegura que el demandante si recibió información al momento de la afiliación y también de manera posterior. En el evento que se considere que procede la ineficacia, considera que no se deben trasladar los intereses y rendimientos. Tampoco se debe ordenar el traslado de las primas previsionales ni de los gastos de administración, como quiera que tienen un origen legal y una destinación específica¹ (Audiencia virtual, récord 31:10, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“En esta etapa correspondiente presento recurso de apelación parcial para que el honorable tribunal revoque la condena impuesta mi representada, tendiente a retornar gastos y comisiones, y seguros previsionales debidamente indexadas. Sustento el recurso que no es factible que se devuelvan dichos rubros, teniendo en cuenta que ya se descontaron conforme a lo establece el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 ,y se le dio su objeto específico que era, en primer lugar, administrar la cuenta de ahorro individual del señor demandante y generales o rendimientos que tanto buscaba en el régimen de orden de la consolidación. En segundo lugar, los seguros provisionales son unas cuotas que se cobran también por mandato legal del artículo 20, los cuales se contrató una póliza de aseguramiento para unos riesgos de invalidez y sobrevivencia y sus riesgos se hace mediante tercero que es una aseguradora, motivo por el cual SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS nunca ha administrado dicho rubros. Al condenar a mi representada, al ver dichas prestaciones, de las cuales ya se benefició el señor Demandante, se le estaría causando un perjuicio económico en atención que estaría empobreciendo el capital de SKANDIA, toda vez que tendría que retornar dichos recursos de su propio peculio, y un enriquecimiento a favor de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, toda vez que se está beneficiando de un trabajo del cual nunca realizó durante la afiliación de la señora demandante. De la misma manera, solicitar muy respetuosamente dará aplicabilidad a lo establecido en el artículo 7 en Decreto 3995, en su artículo séptimo, teniendo en cuenta que manifiesta que el traslado de recursos, lo único que se debe trasladar son lo que obras de ahorro individual,, el fondo de cuestión de garantía de mínima, a los rendimientos que se hubieran obtenido, motivo por el cual solita le respetuosamente a los honorables magistrados que si bien es cierto en las pretensiones de la demanda giran en torno a la ineficacia la afiliación, lo cierto es que no se puede desconocer que me lo preguntaba, ha actuado de buena fe y que se le estaría causando un perjuicio económico. También solicitarle respetuosamente los honorables magistrados, la aplicabilidad de la teoría de las restituciones mutuas, pues no se entiende cómo se pretende retornar los rendimientos, y no se le reconozca el trabajo que realizó SKANDIA fondo de pensiones y cesantías. De la misma manera, sin que implique aceptación a la condena y sin entrar a discusión la decisión que confirma el fallo, solicitarle respetuosamente a los honorables magistrados NO ordenar que dichos rubros sean retornados de manera indexada, teniendo que hay varios pronunciamientos de diferentes tribunales, sobre todo la ciudad de Cali y Medellín, el cual se ha manifestado que no habría lugar en poner condena por concepto de indexación, teniendo en cuenta que la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones de la afiliación sin descuento alguno, incluyendo rendimientos y gastos, concepto que puede compensar la devaluación que se hubiera causado en el tiempo, con tiempo en el cual y teniendo en cuenta la sentencia del presente fallo es totalmente igual a la sentencia que se metió en aquella época en el Tribunal de Medellín, motivo por el cual solicitarle respetuosamente que en caso de que se confirmen no sean dichos rubros devueltos por mi representada de manera indexada. En ese sentido debo sentado mi recurso apelación, solicitando respetuosamente a la señora Juez de Instancia concederlo, y a los honorables magistrados revocar las condenas aquí apeladas muchas gracias, doctor.”*

EXP. 09 2022 00374 01

Miguel Ángel Martínez Torres contra Colpensiones y otros.

En el recurso de SKANDIA S.A. pide que se revoque la orden de devolver gastos de administración y previsionales. Afirma que los anteriores rubros tienen un origen legal y un fin específico, el que cumplió a cabalidad el fondo. Precisa que lo único que se debe trasladar son los aportes y los rendimientos. Señala que los rubros no se deben retornar de manera indexada, como quiera que se compensa la pérdida del valor adquisitivo con los rendimientos, tal como lo han sentado otros tribunales² (Audiencia virtual, récord 31:10, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que actuó de buena fe y la decisión de traslado del demandante fue consiente, libre e informada, tal como se desprende con el formulario de afiliación, aseguró que se cumplieron las previsiones legales vigente para la época del

² *“En esta etapa correspondiente presento recurso de apelación parcial para que el honorable tribunal revoque la condena impuesta mi representada, tendiente a retornar gastos y comisiones, y seguros previsionales debidamente indexadas. Sustento el recurso que no es factible que se devuelvan dichos rubros, teniendo en cuenta que ya se descontaron conforme a lo establece el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y se le dio su objeto específico que era, en primer lugar, administrar la cuenta de ahorro individual del señor demandante y generaleso rendimientos que tanto buscaba en el régimen de orden de la consolidación. En segundo lugar, los seguros provisionales son unas cuotas que se cobran también por mandato legal del artículo 20, los cuales se contrató una póliza de aseguramiento para unos riesgos de invalidez y sobrevivencia y sus riesgos se hace mediante tercero que es una aseguradora, motivo por el cual SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS nunca ha administrado dicho rubros. Al condenar a mi representada, al ver dichas prestaciones, de las cuales ya se benefició el señor Demandante, se le estaría causando un perjuicio económico en atención que estaría empobreciendo el capital de SKANDIA, toda vez que tendría que retornar dichos recursos de su propio peculio, y un enriquecimiento a favor de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, toda vez que se está beneficiando de un trabajo del cual nunca realizó durante la afiliación de la señora demandante. De la misma manera, solicitar muy respetuosamente dará aplicabilidad a lo establecido en el artículo 7 en Decreto 3995, en su artículo séptimo, teniendo en cuenta que manifiesta que el traslado de recursos, lo único que se debe trasladar son lo que obras de ahorro individual,, el fondo de cuestión de garantía de mínima, a los rendimientos que se hubieran obtenido, motivo por el cual solita le respetuosamente a los honorables magistrados que si bien es cierto en las pretensiones de la demanda giran en torno a la ineficacia la afiliación, lo cierto es que no se puede desconocer que me lo preguntaba, ha actuado de buena fe y que se le estaría causando un perjuicio económico. También solicitarle respetuosamente los honorables magistrados, la aplicabilidad de la teoría de las restituciones mutuas, pues no se entiende cómo se pretende retornar los rendimientos, y no se le reconozca el trabajo que realizó SKANDIA fondo de pensiones y cesantías. De la misma manera, sin que implique aceptación a la condena y sin entrar a discusión la decisión que confirma el fallo, solicitarle respetuosamente a los honorables magistrados NO ordenar que dichos rubros sean retornados de manera indexada, teniendo que hay varios pronunciamientos de diferentes tribunales, sobre todo la ciudad de Cali y Medellín, el cual se ha manifestado que no habría lugar en poner condena por concepto de indexación, teniendo en cuenta que la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones de la afiliación sin descuento alguno, incluyendo rendimientos y gastos, concepto que puede compensar la devaluación que se hubiera causado en el tiempo, con tiempo en el cual y teniendo en cuenta la sentencia del presente fallo es totalmente igual a la sentencia que se metió en aquella época en el Tribunal de Medellín, motivo por el cual solicitarle respetuosamente que en caso de que se confirmen no sean dichos rubros devueltos por mi representada de manera indexada. En ese sentido debo sentado mi recurso apelación, solicitando respetuosamente a la señora Juez de Instancia concederlo, y a los honorables magistrados revocar las condenas aquí apeladas muchas gracias, doctor..”*

EXP. 09 2022 00374 01

Miguel Ángel Martínez Torres contra Colpensiones y otros.

traslado, además, cuando solicitó el traslado se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado. De confirmarse la sentencia pide que se condicione el cumplimiento de las condenas que le fueron impuestas al previo cumplimiento por parte de la AFP. Solicita no se le condene en costas³ (Audiencia virtual, récord 31:10, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

³ “Su Señoría. estando entre la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación ante usted para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá en los siguientes términos. Primera instancia, honorables magistrados, nótese que quedó demostrado que COLPENSIONES actuó de buena fe en tanto no, no intervino en la decisión libre, consciente voluntaria del accionante de cambiar de régimen, pues este, su convicción accedió a cambiar de régimen de al ahorro individual en atención a que existió un consentimiento libre., consciente y además informado, como se puede ver en los formularios de afiliación que se encuentran obrantes en el plenario, De igual forma, dentro de esos mismos elementos se avisora (sic) que se dio cumplimiento a lo que se estimaba en la normatividad para la época del suceso. Esto es, para la, para el primer lado de ella de régimen de ahorro individual, pues en tanto en 1993 hasta 2014 no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde constaba tal intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues como quedó establecido, se evidencia que existe esa esa facultad, esa decisión de por parte del accionante, De igual forma que ha acreditado que para el momento en que este decidido retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por golpe por COLPENSIONES estaba inmerso dentro de la prohibición legal de la ley 797 del 2013. Para esa época ya le faltaban menos de 10 años para acceder a su edad pensional. Por ello no es jurídicamente válido imponer cargas distintas a las que ya se concedían dentro de la normatividad para el momento de los hechos, razón que no es suficiente para que sea declarada la ineficacia del traslado, pues se les dio a la accionante las garantías suficientes para poder tomar una decisión que estuviera acorde a su convicción, razón que se hizo, pues si no fuese así, el accionante nunca hubiese cambiado de régimen, de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Por ello le recuerdo a los honorarios magistrados que se sirva revocar la sentencia a distancia, en consecuencia, absolver a COLPENSIONES de la sanción impuesta. De igual forma, de manera subsidiaria, en caso de no acogerse a la apelación, le ruego que se sirva confirmar la decisión por parte honora del Tribunal en mantener la condena impuesta a la AFP en el entendido que esta deberá reintegrar la totalidad de las cotizaciones sobre la cuenta individual del accionante, así debidamente indexados. De igual forma, se abstenga a condenar en costas, y adicionalmente se adicione, valga la redundancia, la sentencia de la condena impuesta a la entidad con una obligación de hacer a favor de la demandante y se condicione que COLPENSIONES no podrá dar cumplimiento hasta tanto la AFP no realice lo suyo, en un entendido de devolver las cotizaciones durante la cuenta de ahorro (sic) y actualizar la base de datos. En ese orden. Su Señoría dejó presentado mi recurso, muchas gracias.

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

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 32⁴ años de edad y había cotizado 442.43⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 6 años, 6 meses y 15 días)⁶, y para la fecha de

⁴ Nació el 03 de octubre de 1964, folio 12 archivo 01.

⁵ Ver historia laboral de Colpensiones folios 188 a 192 archivo 05.

⁶ Ibidem

EXP. 09 2022 00374 01

Miguel Ángel Martínez Torres contra Colpensiones y otros.

presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folio 12 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁷, ⁸. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

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

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

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

características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que hubo una reunión en la empresa para la cual trabajaba, lo invitaron a trasladarse y le dijeron que el ISS estaba en riesgo y que COLFONDOS era una empresa seria, el beneficio era que no estaba en riesgo su dinero, pero no le informaron sobre las ventajas, desventajas y características de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 12 de diciembre de 2023 archivo 19, primera instancia).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de esta y de COLFONDOS por el tiempo que estuvo afiliado a cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

EXP. 09 2022 00374 01

Miguel Ángel Martínez Torres contra Colpensiones y otros.

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁹), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

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

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS y SKANDIA.

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

RESUELVE

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

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

EXP. 09 2022 00374 01
Miguel Ángel Martínez Torres contra Colpensiones y otros.

para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

- 2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS y SKANDIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 10 2021 00449 01
Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GILMA HERRERA DELGADO CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor COLPENSIONES, la sentencia dictada el 06 de febrero de 2024 por la Juez Decima (10) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GILMA HERRERA DELGADO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de la AFP PORVENIR, *por falta al deber de información de forma detallada, objetiva y transparente con respecto de las posibilidades y cambios para acceder a la pensión de vejez en los dos regímenes*. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones y rendimientos que se encuentren en su cuenta de ahorro individual (ver demanda folios 1 a 12 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 10 2021 00449 01
Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria, demostrándose asesoría en su decisión por lo que el acto se completó y es válido. Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y no procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las que denominó *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 2 a 13 archivo 10, primera instancia).

PORVENIR S.A. también se opuso a todas las pretensiones, declaraciones y condenas de la demanda, con fundamento en que la afiliación realizada por la demandante en el año 2007 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, después de recibir información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del RAIS, conforme las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico y que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Sin perjuicio de ello, sostiene que no es procedente la declaración de ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque ésta sólo es aplicable a situaciones dolosas las cuales que no se acreditan ni se alegan en esta demanda, y en todo caso, a la demandante le es aplicable la restricción del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica* (ver contestación folios 2 a 21, archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 06 de febrero de 2024 mediante la cual la Juez Decima (10) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad

EXP. 10 2021 00449 01
Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

(RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante, señora GILMA HERRERA DELGADO a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. realizada mediante la suscripción de la afiliación el día 20 de agosto de 2007, por el incumplimiento del deber de información de dar a conocer características, ventajas, desventajas de los regímenes pensionales y la incidencia de su traslado en su régimen pensional, en su derecho pensional y por ende hay lugar a declarar, en consecuencia, ineficaz el traslado de régimen pensional del régimen de prima media régimen de ahorro individual realizado por la demandante y se declara ineficaz, como si nunca se hubiese trasladado y conforme a la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO: Se CONDENA a COLPENSIONES recibir y restablecer la afiliación de la señora GILMA HERRERA DELGADO a la afiliación del régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, como si nunca se hubiera trasladado y conforme a la parte considerativa. TERCERO: Se CONDENA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a hacer la devolución con destino al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES de todas las sumas de dinero recibidas por concepto de la afiliación de la señora GILMA HERRERA DELGADO correspondientes a cotizaciones, intereses, frutos, rendimientos, como lo establece el artículo 1746 del Código Civil, y debe incluirse la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados que le hubiera descontado durante su vinculación a la señora demandante. Deberá entregar a COLPENSIONES el documento que demuestren que se hace la devolución por concepto de la señora HERRERA DELGADO, y la documental en donde se dé la información correspondiente a los ciclos, ingreso base de cotización, valor de la cotización, rendimientos, intereses, y de igual forma, la*

EXP. 10 2021 00449 01
 Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

información y cuáles fueron las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes de garantía de pensión mínima para que COLPENSIONES pueda establecer que efectivamente se realiza la devolución en los términos ordenados en esta sentencia. Para esta devolución se le otorga a AFP PORVENIR el término de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad a la parte considerativa de la sentencia. CUARTO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia, debe proceder a registrar en la historia laboral de la demandante para efectos pensionales en COLPENSIONES el régimen de prima media las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS, y una vez ingresen las sumas de dinero provenientes de la AFP PORVENIR S.A., también deberá realizar la revisión de que se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia, todo ello de conformidad con la parte motiva la providencia. QUINTO: Se DECLARAN no probadas las excepciones planteadas por COLPENSIONES y por PORVENIR, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa. SEXTO: Se CONDENA en costas de esta instancia a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES a favor de la parte actora. Deben ser tasadas por Secretaría y debe incluirse como agencias en derecho a cargo de la AFP PORVENIR la suma de \$1.400.000 como agencias en Derecho y a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$450.000 como agencias en derecho. SÉPTIMO: De no ser apelada esta providencia debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad al artículo 69 del código procesal del trabajo y la Seguridad Social por las condenas impuestas a COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 1:50:33, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. pide que se revoque la condena de indexación. Afirma que los rendimientos compensan la pérdida del poder adquisitivo tal como lo ha señalado el Tribunal Superior de Cundinamarca y Cali¹ (Audiencia virtual, récord 1:54:37, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Muchas gracias, Señoría. De manera respetuosa, me permito presentar recursos de apelación de manera parcial en contra de la sentencia recién preferida por su despacho, y esto es respecto única y exclusivamente al contenido parcial del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia preferida. Esto es específicamente a la orden que se indexen algunos de los conceptos que se ordena devolver a Colpensiones. Lo anterior, lo fundamento

EXP. 10 2021 00449 01
 Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que el traslado de la demandante se dio con el cumplimiento de las normas vigentes para la época y se perfeccionó con la firma del formulario de afiliación. Señala que para esa época no existía la obligación de brindar una doble asesoría por lo que no se pueden exigir requisitos adicionales. Señala que la ineficacia afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. De confirmarse la sentencia pide que se condicione el cumplimiento de las condenas que le fueron impuestas al previo cumplimiento por parte de la AFP. Solicita no le imponga condena en costas² (Audiencia virtual, récord 1:57:10, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

o lo sustento de la siguiente manera, muy sucinta, de acuerdo a varias jurisprudencias de varios tribunales superiores de distrito judicial del país, especialmente el Tribunal Superior de distrito judicial de Cundinamarca y Amazonas, en sentencia del 21 de junio de 2022, con donde la demandante era Felicia León Poveda contra Colpensiones y Porvenir este Tribunal indicó que en este caso como lo refiere está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro que este incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, por lo que entiende la sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada, por lo que se revocará la decisión en este aspecto. Ahora bien, el Tribunal Superior de distrito judicial de Cali, Sala laboral en decisiones dos del 31 de octubre del 2022, dos del 25 de agosto de 2023, dos del 31 de agosto de 2023 y dos del 30 de noviembre 2023 en casos similares demandas de este mismo tipo contra fondos privados, indicó. Pues lo mismo en todas, por eso voy a citar la misma argumentación que dijo en dichas sentencias. "Frente a la indexación, la sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar. Por tal razón se revocará dicha determinación y en su lugar se ordena devolver todas las sumas junto con sus rendimientos únicamente." De acuerdo a esto, pues considero y solicito respetuosamente a los magistrados del honorable tribunal, se estudie este punto en el sentido de que se está condenando o se está profiriendo una doble condena en contra de Porvenir, al ordenar al mismo tiempo la devolución de los rendimientos que se produjeron durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante junto con, haciéndolo de manera indexada. De en esta forma dejo presentado y sustentado el recurso. Muchas gracias, Señoría."

² *"Muy amables su Señoría, gracias. Me permito entonces sustentar recurso de apelación bajo los siguientes argumentos, su Señoría, entendiéndose así y de manera muy respetuosa, dirigiéndome al honorable Tribunal de la sala laboral y a los honorables magistrados, en primer lugar, me permito de manera coherente sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos. En primer lugar, he de manifestar que la honorable jueza en primera instancia al momento de tomar o impartir y de cara a la ineficacia del traslado del régimen de la demandante, considerando esa falta del deber de información que tenían los fondos privados al momento del acto jurídico celebrado entre la demandante y la, o la suscripción del formulario de afiliación. Según la ley 100 del artículo 13 literal B y el decreto 692 de 1994 y el decreto 663 del año 1993, se desglosa que de manera, que la parte actora deba o plasma la intención de querer permanecer en un régimen o tomar la decisión de elegir un régimen al cual quiera permanecer con la mera aceptación espontánea y libre y expresa de un afiliado de trasladarse de dichos régimen (sic), pues se manifiesta a través de la firma del formulario de afiliación, como en el presente caso, pues se denota, toda vez que la señora la parte actora, la señora Gilma, pues, sin haber recibido presión o haber sido obligada a elegir como tal, pues elige querer permanecer en el régimen del fondo privado en el RAIS administrado por porvenir, Así mismo honorarios magistrados, cabe resaltar que para la fecha de la suscripción de este acto o la firma del formulario, pues no existía la Ley 1748 del año 2014, ni el Decreto 2071 del año 2015, en el cual pues nace, nacería, pues, esa obligación que tienen los fondos privados a una doble asesoría a los afiliados, brindándoles así una asistencia o haciendo un análisis de*

EXP. 10 2021 00449 01
 Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

la información suministrada por los fondos y ese mismo alcance a la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación, pues deben de ser valorados bajo la misma actividad vigente para la fecha de la suscripción de dicho formulario o acto celebrado entre el fondo privado y la parte actora según la ley 100 del año 1993. Asimismo, le pido a los honorables magistrados del Tribunal, el juzgamiento de la conducta de los fondos privados con base a la norma inexistentes, como se hizo por parte del honorable juez en primera instancia, pues esto dependiéndose así que no tiene una justificación jurídica alguna, y está y dando que esta viola como tal o afecta gravemente el debido proceso, o al sistema de defensa que tiene Colpensiones que sin haber participado en este trámite o en este acto en el en el cual pues nace ese traslado, es quien debe afrontar como tal la carga de la prestación del mismo, esto con base pues a que no, pues no se tiene en cuenta al momento de tomar esta decisión o de proferir la sentencia, el tan importante principio de la relatividad jurídica que le asiste a Colpensiones en el proceso, pues siendo honorables magistrados, recordando que con pensiones es un tercero en el presente asunto y es de recordar que pues estos actos celebrados entre 2 partes, en principio, pues y valga la redundancia, las consecuencias que se deriven del mismo, la celebración de este acto, pues solo debe repercutir a las partes involucradas, por lo cual pues debe tenerse en cuenta honorables magistrados que la entidad a la que represento no puede de ninguna manera, ni ser favorecida ni mucho menos ser perjudicada en el presente proceso. Finalmente, y dicho lo anterior, su Señoría y ustedes son honorables magistrados que el presente asunto, pues la administradora colombiana de pensiones le solicita muy amablemente los a los magistrados de segunda instancia revocar la decisión adoptada por la honorable Jueza en primera instancia, esto concediendo a favor o declarar la ineficacia de traslado a favor de la parte actora, entendiéndose así también que estaría afectando como tal esa afectación, el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones consagrados, según el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del año 2005, donde expresamente según la Ley 797 del año 2003 en su artículo dos expresa que hay una prohibición de que los afiliados que no podrían trasladarse de dicho Rainer cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de tener derecho a la pensión de vejez, Así mismo le solicito los honorables magistrados se adicione a la sentencia proferida por la honorable jueza en primera instancia, pues en que, en caso de que se llegara a confirmar esta decisión por parte de ustedes, honorables magistrados del honorable tribunal, ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP en el entendido que deberá reintegrar la totalidad y las cotizaciones a lo largo de su vida laboral los todos los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al Fondo General de pensiones mínimas y los rendimientos, cuotas de seguros y previsiones y cuotas de administración individual, toda vez que solicita de manera muy respetuosa, se mantenga o se condicione el previo cumplimiento de las obligaciones que se impongan a la AFP, toda vez que Colpensiones, pues no podría dar cumplimiento de las sentencias hasta tanto la AFP reintegre todos los recursos a mi representada y actualice la información de la base de datos de la demandante en la perspectiva base. Así mismo, le solicito plano revocar la condena en costas también que fue declarada y condenada a mi representada para en primera instancia, muchas gracias, dejo sustentado mi recurso de apelación”

EXP. 10 2021 00449 01
Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

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

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 44³ años de edad y había cotizado 556.00⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 8 años, 1 mes y 3 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad mínima para

³ Nació el 15 de agosto de 1963, folio 24 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales folio 48 a 49 archivo 12

⁵ Ibidem

EXP. 10 2021 00449 01
 Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folio 24 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

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

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

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

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

EXP. 10 2021 00449 01
Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

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

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

EXP. 10 2021 00449 01
Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que en la constructora en la que laboraba para la época una asesora de PORVENIR estaba afiliando al personal de obra, relata que se iba a vincular a un nuevo empleo donde le exigían afiliación a pensiones, en atención a ello habló con la asesora quien le entregó el formulario de afiliación y la demandante lo suscribió. Afirma que le expusieron algunas ventajas de la AFP, pero nada se dijo sobre las desventajas ni diferencias entre un régimen y otro (Audiencia virtual del 06 de febrero de 2024).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales, los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa corporación, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media*

EXP. 10 2021 00449 01
 Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

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

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

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

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

Finalmente, carece de objeto la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP, porque la parte resolutive de la decisión de primera instancia así se debe entender en la medida en que señaló que COLPENSIONES debe verificar que las semanas cotizadas durante la vinculación al RAIS son las que corresponden y ello lo hará *“una vez ingresen las sumas de dinero provenientes de la AFP PORVENIR S.A.”*.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

EXP. 10 2021 00449 01
Gilma Herrera Delgado Contra Colpensiones y Otro.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

Exp. 11 2021 00188 01
Diego Armando Forero Alfonso contra Baena Mora & CIA

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE DIEGO ARMANDO FORERO ALFONSO
CONTRA BAENA MORA & CIA LTDA.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia dictada el 24 de mayo de 2023 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra con las cuales se procuraba el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DIEGO ARMANDO FORERO ALFONSO presentó demanda contra BAENA MORA Y CIA LTDA., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo del 21 de diciembre de 2020 al 18 de diciembre de 2021, el cual terminó por despido sin justa causa. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T. y la sanción moratoria que contempla el artículo 65 del C.S.T por no haberse liquidado, a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos al trabajador.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 27 de diciembre de 2019 inició a laborar con la compañía BAENA MORA Y CIA LTDA. en el cargo de PORTERO, y que el 21 de diciembre de 2020 suscribió con esa empresa un contrato de trabajo a término fijo cuya ejecución sería hasta el 18 de diciembre

Exp. 11 2021 00188 01

Diego Armando Forero Alfonso contra Baena Mora & CIA

de 2021, del cual nunca recibió copia, y que devengó un salario básico mensual de \$910.000 más el auxilio de transporte y horas extras. Aduce que el 22 de febrero de 2021 fue despedido sin justa causa por su empleador, momento en el que solo le informaron que se habían perdido unos productos de la empresa que debía pagar, por lo que, para no perder su empleo, aceptó pagarlos, pero no la comisión de algún *acto delictivo*. Indica que nunca tuvo llamados de atención ni fue suspendido de sus labores, pese a lo cual fue despedido sin causal alguna. Por otra parte, señala que la demandada liquidó sus prestaciones el 21 de febrero de 2011 (sic) con base en un salario de \$1.016.454, desde el 1 de enero hasta el 22 de febrero de 2021, *sin tener en cuenta que el contrato suscrito es a término fijo por consiguiente se debe pagar los salarios correspondientes hasta el día de su finalización* esto es hasta el 18 de diciembre de 2021 (ver demanda y su subsanación folios 1 a 5 archivo 01 y 1 a 6 archivo 04 primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por BAENA MORA & CIA LTDA. a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento, de una parte, en que los extremos de la relación laboral no son los que se indican en la demanda, y de otra, en que el contrato terminó por una justa causa imputable al trabajador debido a la pérdida de distintos objetos al interior de la empresa de un valor significativo y el incumplimiento de su función, y la orden o instrucción de realizar la inspección diaria a todos los trabajadores de la compañía sin distinción alguna, es decir, tanto a personal administrativo como operativo, falta que se encontraba calificada como grave en el reglamento interno de trabajo de la empresa. Por ello no hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa que se pretende. Al respecto explica que dentro de la oportunidad que se le dio al demandante para ejercer su derecho de defensa, este admitió de forma expresa su falta al señalar que no había realizado la debida inspección al personal administrativo, porque en su concepto *“era el personal de confianza de la bodega”*, pese a que las instrucciones y órdenes que le fueron impartidas era realizar este procedimiento con todo el personal de la empresa. De otro lado, asegura que durante la vigencia del contrato pagó de forma completa los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y demás emolumentos laborales del trabajador, por lo que tampoco procede el reconocimiento de la indemnización moratoria pretendida. En su defensa

Exp. 11 2021 00188 01

Diego Armando Forero Alfonso contra Baena Mora & CIA

propuso como excepciones de mérito las que denominó: *cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, buena fe, compensación, prescripción* y la genérica (archivo 08, primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de mayo de 2023, mediante la cual el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión la juez estimó que la empresa surtió de manera adecuada el procedimiento previsto para poner fin al contrato de trabajo conforme a los lineamientos del reglamento interno y se acreditó el hecho del despido y la contravención del demandante a sus obligaciones contractuales. Además la demandada probó el pago de salario y prestaciones sociales.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad BAENA MORA & CIA LTDA de todas las pretensiones impetradas en su contra por el señor demandante DIEGO ARMANDO FORERO ALFONSO conforme a lo manifestado en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a la parte demandante fijando como agencias en derecho a favor de la sociedad demandada, la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente. TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá este proceso en el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por haber sido totalmente adversa la decisión a los intereses del demandante”* (Audiencia virtual, archivo 18 primera instancia, récord 43:18)

Por solicitud de la parte demandada, la sentencia fue adicionada en su parte motiva por el *a quo*, para resolver lo atinente a la sanción moratoria del artículo 65, la que negó con fundamento en que al demandante no se le adeudada suma alguna de dinero por salarios y prestaciones sociales (Audiencia virtual, archivo 18 primera instancia, récord 51:26)

CONSULTA

Exp. 11 2021 00188 01
Diego Armando Forero Alfonso contra Baena Mora & CIA

Como la sentencia fue desfavorable al demandante y no fue apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (artículo 69 del CPT y SS) que pasa la Sala a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia, por estar contenidos en la sentencia y no haber sido apelados, los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que el 27 de diciembre de 2019 el demandante y la sociedad BAENA MORA Y CIA LTDA. suscribieron un contrato de trabajo a término fijo, el cual tendría vigencia hasta el 19 de diciembre de 2020 (folios 22 a 25 archivo 08) y (ii) que el vínculo finalizó el 22 de febrero de 2021 por decisión unilateral de la demandada.

El Tribunal debe definir (i) si ocurrió o no en un despido sin justa causa que dé lugar al pago de la indemnización reclamada, y (ii) si procede el pago de la sanción moratoria.

I. DESPIDO SIN JUSTA CAUSA: Para definir si la decisión unilateral de terminación del contrato de trabajo del actor se soportó o no en una justa causa legal, la legislación laboral colombiana establece, en el artículo 62 del Código Sustantivo, y en forma taxativa, los *hechos o conductas* de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización.

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

Exp. 11 2021 00188 01

Diego Armando Forero Alfonso contra Baena Mora & CIA

En el caso bajo examen, y según el texto de la carta de despido incorporada a las diligencias, el empleador endilgó al demandante, como justa causa para terminar el contrato de trabajo, el incumplir *gravemente* sus obligaciones y prohibiciones, específicamente no realizar la requisa diaria a todo el personal de la compañía lo que generó la pérdida de un material¹ (folio 34 archivo 08, primera instancia).

Dicha conducta se enmarca en el supuesto normativo del literal A) numeral 6 del artículo 62 del CST, que autoriza al empleador para dar por terminada la relación de trabajo cuando el trabajador ha incurrido en una *falta grave* a las obligaciones pactadas. Sobre esta causa legal, la ley autoriza que la connotación de *gravedad* se asigne por las partes al suscribir el contrato de trabajo o la convención colectiva, por el empleador en los reglamentos de trabajo, o por un tribunal de arbitramento al decidir sobre este aspecto en un laudo arbitral, dada la dificultad que tendría una regulación general sobre gravedad de las omisiones frente a los deberes específicos de

1



Bogotá, 22 de febrero de 2021

Señor
FORERO ALFONSO DIEGO ARMANDO
CC No.1069750529
Ciudad.

Ref. Terminación de Contrato de Trabajo por Justa Causa

La presente tiene por objeto comunicarle que, luego de evaluar los hechos que a continuación se indican, y por los cuales fue citado a diligencia de descargos el día 22 de febrero de 2021, garantizando así su derecho a la defensa, la empresa ha decidido en dar por terminado su contrato de trabajo por justa causa a partir de la fecha de conformidad con lo establecido en el CAPITULO XXIV Art. 61º literal h) del Reglamento Interno de Trabajo.

Para el efecto, le manifestamos que los hechos que fundamentan nuestra decisión corresponden a que usted no generó proceso de inspección diaria a todo el personal, lo que generó la pérdida de material de la compañía. Faltando al cumplimiento de sus obligaciones laborales así como al reglamento interno de trabajo de la Compañía.

Lo anterior quedó demostrado en la diligencia de descargos en la cual libremente usted manifiesta "(...) al ingreso no se efectúa la requisa eso si es verdad, a la hora de la salida se hace la requisa al personal operativo, al personal administrativo son las personas de confianza que están a cargo de la bodega (...)"; Respuesta que no son de recibo para la compañía toda vez que como es de su conocimiento desde el inicio de su contrato le fue dada la instrucción de requisa a todo el personal. Todo esto no solo representa un incumplimiento a sus obligaciones laborales, sino que viola el CAPITULO XXIV Art. 61º literal h) del Reglamento Interno de Trabajo lo que generó la pérdida de producto de la empresa.

En consideración, usted incumplió las obligaciones que tiene en razón a su cargo por lo que se tomó la decisión de imponer la sanción anteriormente mencionada, por lo cual se le solicita respetuosamente, hacer entrega formal de su cargo y diligenciar el Paz y Salvo, igualmente se le comunica que podrá practicarse los exámenes médicos ocupacionales de retiro en Av. Boyacá Nro. 49-29 Piso 06 teléfono 6019429 y acercarse al área de nómina para el trámite de sus acreencias laborales y la entrega de las copias de pago a seguridad social; previo cumplimiento de los requisitos de retiro.

Atentamente,

IVONNE MELIXA TINOCO ACERO
DIRECTORA DE GESTION HUMANA



DIRECCIÓN DE
GESTIÓN HUMANA

cada trabajador. Si no se ha definido por las partes dicha connotación el juez evaluará la situación y decidirá atendiendo a las responsabilidades inherentes al cargo que desempeña el trabajador y la afectación que produzca la falta en el funcionamiento de la empresa.

Con estas precisiones normativas, para definir sobre la existencia de justa causa en situaciones como la que plantea la demanda, el juez debe estudiar las pruebas aportadas al expediente para verificar específicamente: i) si las conductas descritas en la carta de despido ocurrieron o no, ii) si constituyen una *falta* a obligaciones y prohibiciones que el trabajador tuviera asignadas en su relación de trabajo; y iii) si dichas faltas revisten gravedad.

i) Sobre lo primero, tal como lo señaló el juez de primera instancia, se encuentra probado en el expediente que el demandante en efecto omitió realizar la requisa de todo el personal al ingreso y salida de la bodega en la que prestaba sus servicios, particularmente del personal administrativo. También se verificó la pérdida de un calzado.

Así se constata con el acta de descargos realizada el 22 de febrero de 2020, en el que el demandante indicó que, en efecto, al ingreso no efectúa la requisa y a la hora de la salida, hace la requisa al personal operativo y no al personal administrativo porque estas son *“personas de confianza que están a cargo de la bodega”*. Más adelante al indagársele si *“al Salir el personal administrativo se le hace requisa”* contestó que *“no, porque me habían hecho un llamado de atención, porque en la empresa había una jerarquía, y eso era faltarle el respeto a ellos”* (folios 30 a 33 archivo 08). Frente a la pérdida del *material*, el trabajador en esa diligencia no solo no negó ese hecho, sino que, además, autorizó el descuento del valor del calzado extraviado de su salario (folios 35 y 36 *ibídem*), lo que corroboró en el interrogatorio de parte² que absolvió en el trámite de este proceso, en el que también manifestó que sobre la pérdida de los zapatos conoció en una reunión que realizaron en la bodega.

² Audiencia del 23 de mayo de 2023. Récord 20:06

Conforme a ello, no existe duda de que el demandante no generó el proceso de *inspección diaria a todo el personal*, como se le indicó en la carta que puso fin al contrato de trabajo.

ii) Sobre lo segundo (si la falta constituye una omisión a las obligaciones legales o contractuales del trabajador), la Sala advierte que la conducta aducida por el empleador efectivamente constituye una falta a obligaciones contractuales del trabajador.

Sobre el asunto, basta con remitirse al contenido del literal h) del artículo 61 del Reglamento Interno De Trabajo (archivo 12), en el que se estableció como una obligación especial del trabajador *“h) cumplir fielmente con las labores encomendadas, en su contrato de trabajo, manual de funciones si su cargo los ameritare e igualmente el cumplimiento del presente Reglamento Interno de Trabajo”* (folio 18, archivo 12 primera instancia), y en este caso, de acuerdo con las pruebas que el mismo demandante incorporó, su cargo de portero contaba con un manual de funciones en el que se especificaba para cada establecimiento que debía *“responder por el buen uso y seguridad en la portería y de los elementos a su cargo”, “controlar el ingreso y egreso de elementos propios de la empresa: producto terminado, materiales y materias primas, enseres, maquinaria y equipos de oficina con el registro legal (autorización con copia para el almacén)”* y *“atender los requerimientos y normas establecidas por la Gerencia”* (folios 8 a 12 archivo 01). Además, de acuerdo con lo manifestado por el demandante en los descargos, era conocida su obligación, porque así se le instruyó, de hacer la verificación o requisa tanto al personal administrativo, como operativo.

Es claro en todo caso que para controlar lo que ingresa y sale de la bodega, es necesario hacer la requisa tanto del personal de la compañía como a personas ajenas a la misma.

iii) Finalmente sobre el tercer aspecto necesario para definir la existencia de una justa causa para despedir por los hechos que se analizan (la gravedad de la conducta endilgada), la Sala también encuentra prueba suficiente de tal acuerdo, pues así se definió en reglamento interno de trabajo al establecer como falta grave *“incumplir con las labores referidas en su contrato de trabajo,*

Exp. 11 2021 00188 01

Diego Armando Forero Alfonso contra Baena Mora & CIA

manual de funciones si lo ameritare y la violación recurrente del RIT” (numeral 6 artículo 72, archivo 12, primera instancia).

En todo caso, la gravedad de la falta en este caso también encuentra soporte en que, ante la omisión del trabajador de su obligación, se generaron unas pérdidas de calzado en el lugar donde prestaba sus servicios.

Pese a que el demandante intentó exculpar su omisión en la presunta orden dada por una jefe de personal, no está acreditada dicha circunstancia.

Por todo lo dicho se demostró la existencia de una justa causa en la terminación del contrato de trabajo de DIEGO ARMANDO FORERO ALONSO, y no procedía el pago de indemnización por despido injusto, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a una idéntica conclusión.

Vale la pena señalar que, aunque el demandante alegó una trasgresión de su derecho al debido proceso en el trámite previo a su desvinculación, lo cierto es que el despido no se equipara a una sanción disciplinaria, de allí que el empleador no esté obligado a agotar las formalidades del proceso disciplinario reglado para imponer sanciones (ver sentencias SL-15245-2014 y SL2351 de 2020)³, salvo que dicho procedimiento se haya previsto extralegalmente como condición de eficacia o validez del despido. En el caso presente, de todas formas, la sociedad empleadora demostró haber agotado un trámite interno que permitió al demandante el ejercicio de sus derechos de contradicción defensa, al escucharlo con antelación a poner fin al vínculo contractual.

II. INDEMNIZACIÓN MORATORIA. El artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y las prestaciones que se hubieran causado en favor del trabajador durante la

³ En la aludida providencia, la Corte fijó el criterio según el cual la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa, es claramente exigible de cara a la causal 3) literal a) del artículo 62 del CST, y de las contenidas en los numerales 9° a 15° de esa misma disposición, por lo que, en los demás casos, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. Advirtió la Corte, sin embargo, que la “referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido”.

Exp. 11 2021 00188 01
Diego Armando Forero Alfonso contra Baena Mora & CIA

ejecución del contrato de trabajo, salvo que se demuestre buena fe del empleador.

Revisado el expediente el Tribunal confirmará también en este aspecto de la sentencia de primera instancia, pues como fue reconocido por el mismo demandante en su interrogatorio de parte, en vigencia del vínculo le fueron pagadas la totalidad de sus acreencias, y la liquidación final se le pagó en un término razonable.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 11 2021 00313 01

Juana María Bermúdez Sánchez contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JUANA MARÍA BERMÚDEZ SÁNCHEZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y LA UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 22 de febrero de 2024 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JUANA MARÍA BERMÚDEZ SÁNCHEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad* del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de PROTECCIÓN, así como su posterior traslado horizontal realizado ante PORVENIR por el incumplimiento del deber de información. En

EXP. 11 2021 00313 01

Juana María Bermúdez Sánchez contra Colpensiones y otros.

consecuencia, pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM (ver demanda folios 02 a 7 archivo 23 archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El conocimiento del presente asunto inicialmente fue asignado al Juzgado Primero Laboral del circuito de Riohacha Guajira, quien mediante auto de fecha 31 de mayo de 2021 ordenó su remisión por falta de competencia a los juzgados laborales de esta ciudad. Por reparto fue asignado al Juzgado Once (11) laboral del circuito de Bogotá, quien luego de subsanada la admitió por auto del 08 de febrero de 2023 (archivo 12).

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

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la demandante pretende desconocer que su traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad se produjo con la AFP PROTECCIÓN. Sostiene que cumplió con los deberes de información al asesorar de manera clara, precisa, veraz y suficiente las condiciones, características y funcionamiento del RAIS conforme las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico y que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Sin perjuicio de ello, sostiene que no es procedente la declaratoria de ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque esta solo es aplicable a situaciones dolosas las cuales que no se acreditan ni se alegan en esta demanda, y en todo caso, -dice- garantizó el derecho al retracto mediante comunicado de prensa en el diario el Tiempo en el cual informó a los afiliados la posibilidad de trasladarse entre regímenes de acuerdo con las modificaciones introducidas con la Ley 797 de 2003, y que la actora desconoce la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la excepción genérica*, (ver contestación folios 2 a 27, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 11 2021 00313 01

Juana María Bermúdez Sánchez contra Colpensiones y otros.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda con fundamento en que al expediente no se aporta prueba que acredite que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en algún error por falta al deber de información por parte de la AFP o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Tampoco alguna nota de protesto que permita inferir con probabilidad de certeza que se encontraba inconforme con el régimen al que estaba afiliada. Por el contrario, las pruebas documentales dan cuenta de que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no es procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de mérito las que denominó: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 42 archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia)

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP también se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda. Afirma que la entidad no tiene el deber de reconocer situaciones pensionales derivadas de un supuesto error al que se indujo a la parte demandante. La demandante se encuentra dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, por lo que no es procedente su traslado al RPM. El traslado se realizó con plena voluntad y no existen vicios del consentimiento como error, fuerza o dolo que anulen lo celebrado por la parte demandante, además de no encontrarse inmersa en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen. Dentro de las funciones asignadas a la entidad no se encuentra la de administrar recursos provenientes del sistema de pensiones, hacer traslados de saldos, aprobar traslados de regímenes pensionales, y demás obligaciones reguladas por el estatuto orgánico del sistema financiero. Formuló como excepción previa la que denominó *falta de legitimación en la causa por pasiva de mi representada la UGPP- la posible pensión de vejez de*

EXP. 11 2021 00313 01

Juana María Bermúdez Sánchez contra Colpensiones y otros.

la actora debe ser reconocida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES E.I.C.E y/o la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., como excepciones de fondo propuso las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva de mi representada la UGPP- la posible pensión de vejez de la actora debe ser reconocida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES E.I.C.E y/o la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ausencia de responsabilidad de la UGPP- la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES E.I.C.E y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. deben responder por la eventual condena reconociendo la pensión de vejez de la actora, en una cuantía igual a la que le hubiese correspondido en el régimen de prima media con prestación definida, nadie puede ir en contra de sus propios actos, no existe prueba de causal de nulidad, la parte actora deberá asumir las diferencias que puedan resultar entre las cotizaciones hechas al régimen individual al trasladarse al régimen de prima media, buena fe, prescripción y la innominada. (ver contestación folios 3 a 22 archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PROTECCIÓN S.A., se opuso también a las pretensiones de la demanda que involucran a esa entidad, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante a ese fondo, por cuanto se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata en el formulario de afiliación suscrito en forma libre y espontánea, con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y que generó derechos y obligaciones, además cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación pues está establecida la fórmula en la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *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, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta*

EXP. 11 2021 00313 01

Juana María Bermúdez Sánchez contra Colpensiones y otros.

de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto y la de traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones (ver contestación folios 3 a 24 del archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de febrero de 2024 mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN (antes DAVIVIR) no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado a régimen pensional efectuado el día 17 de marzo de 1998 por la señora JUANA MARÍA BERMÚDEZ SÁNCHEZ, del régimen de Prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP ING PENSIONES S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., así como su posterior traslado horizontal realizado el 13 de agosto de 1999 desde ING PENSIONES hacia PORVENIR S.A., de conformidad con expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO. CONDENAR a las demandadas 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. Es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados que fueron descontados en su momento de la cotización, y que fueron destinados a los gastos de administración y al Fondo de Garantía de pensión mínima, conforme lo expuesto al respecto, en la parte motiva de este proveído. TERCERO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante, JUANA MARÍA BERMÚDEZ*

EXP. 11 2021 00313 01

Juana María Bermúdez Sánchez contra Colpensiones y otros.

SÁNCHEZ, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, a recibir los dineros que le van a ser devueltos por parte de PROTECCIÓN y de PORVENIR, y a computar en la historia laboral de la demandante los tiempos entonces cotizados por ella ante las administradoras del RAIS. CUARTO. Las excepciones propuestas por las demandadas se DECLARAN imprósperas. QUINTO. CONDENAR en costas en esta instancia a las sociedades PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho en favor de la parte demandante, la suma de 2 SMMLV en razón de 1 SMMLV a cargo de cada una de las AFP condenadas. SEXTO. CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá en favor del ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 del 2007” (Audiencia virtual, récord 1:59:36, archivo 29 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSULTA

Como la sentencia fue desfavorable a COLPENSIONES y no fue apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (artículo 69 del CPT y SS) que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

EXP. 11 2021 00313 01

Juana María Bermúdez Sánchez contra Colpensiones y otros.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 34¹ años de edad y había cotizado 31,43² semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 7 meses y 7 días)³, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folio 97 del archivo 15 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala

¹ Nació el 11 de septiembre de 1963, folio 97 archivo 15.

² Ver historia laboral de Colpensiones folio 71 a 74 archivo 15

³ Ibidem

Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴, ⁵. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

EXP. 11 2021 00313 01

Juana María Bermúdez Sánchez contra Colpensiones y otros.

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que recibió asesora de unos promotores del Fondo, informaron sobre las dificultades del ISS y le ofrecieron

EXP. 11 2021 00313 01

Juana María Bermúdez Sánchez contra Colpensiones y otros.

el traslado al nuevo régimen de pensiones, respecto del cual aseguraron que ofrecía una mejor pensión a la que podría acceder anticipadamente sin cumplir requisitos de semanas y edad, además que el saldo de la cuenta pasaría a sus herederos, pero no le informaron sobre las desventajas ni sobre las ventajas del otro régimen ni sobre las diferencias en el acceso a la pensión (Audiencia virtual del 6 de febrero de 2024, récord 33:58).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, los porcentajes descontados por gastos de administración, comisiones de administración, prima de seguros previsionales, prima de reaseguros y el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones de administración y seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia a cargo de esta y de PORVENIR por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de ellas; así lo definió la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa corporación, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ello implica, en el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, la devolución de las primas de las

EXP. 11 2021 00313 01

Juana María Bermúdez Sánchez contra Colpensiones y otros.

aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), sin que sea posible compensar los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

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

SIN COSTAS en la consulta.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 14 2020 00131 02
Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE SANDRA AIDA LEIGHTON GUZMÁN CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, COLFONDOS Y COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad la sentencia dictada el 13 de marzo de 2024 por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, SANDRA AIDA LEIGHTON GUZMÁN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficaz* su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada a través de AFP COLFONDOS, así como su posterior traslado horizontal con la AFP PORVENIR, por no haber elegido de manera libre y voluntaria el régimen de ahorro individual y por falta al deber de información. En consecuencia, pide

EXP. 14 2020 00131 02
Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

que se ordene a PORVENIR y a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los aportes junto con sus rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a aceptarlos y recibirla como afiliada del RPM (ver demanda folios 68 a 80 archivo 01, primera instancia).

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

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones. Afirma que el traslado de la demandante al RAIS se hizo en debida forma, conforme a los lineamientos normativos de la época, lo que se acredita con el formulario de afiliación, razón por la cual sería improcedente declarar un error de derecho que es lo que en realidad se alega frente a condiciones que están determinadas en la normatividad y son de público conocimiento, en todo caso, no se aportó prueba que permita indicar que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento a partir del cual se pueda establecer que dicho acto es nulo. Sostiene que no es viable que la demandante pretenda retornar al régimen de prima media cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse de régimen oportunamente, pese a lo cual, continuó realizando cotizaciones en el RAIS y efectuó traslados horizontales. Formuló como excepciones de fondo las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 1 a 24, archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones. Indica que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual se dio de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, y que su decisión obedeció a la información brindada por los asesores de la AFP que efectuaron el traslado. No se aporta ninguna prueba que demuestre vicios del consentimiento. De presentarse un error de derecho, este no vicia el consentimiento. La demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, por lo que no es posible tenerla como afiliada del RPM ya que ello contraviene el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. De encontrarse probado algún tipo de

EXP. 14 2020 00131 02
Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

omisión en la información y se determine que la consecuencia es la nulidad del traslado, se deberá garantizar la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las pensiones. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, improcedencia del traslado de régimen del pensionado* y la innominada o genérica (ver contestación folios 1 a 25 archivo contestación de demanda del expediente administrativo, trámite de primera instancia).

Mediante providencia dictada el 11 octubre de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de COLFONDOS (archivo 01 folios 223 a 225, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de marzo de 2024 mediante la cual la Juez catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hicieron los demandantes, señora SANDRA AIDA LEIGHTON GUZMÁN proceso 131 de 2020, y OSCAR HUMBERTO ESCOBAR GÓMEZ proceso 390 de 2020, del*

EXP. 14 2020 00131 02
Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

régimen del Seguro Social al RAIS administrado por COLFONDOS, declarar esa misma ineficacia del acto de traslado Del seguro social al raíz administrado por COLFONDOS declarar esa misma ineficacia del acto de traslado que hizo en el proceso tres 54 de 2020 22 OSCAR NAVARRO GÓMEZ del extinto Seguro Social al RAIS administrado por PORVENIR, señalando como consecuencia de esta declaración qué ningún efecto jurídico surtieron esos actos de traslado que hicieron cada uno de los demandantes y por tanto siempre estuvieron afiliados al régimen de prima media administrado actualmente por Colpensiones. SEGUNDO: Como consecuencia de ello ordenar a la AFP PORVENIR S.A. donde se encuentran vinculados actualmente cada uno de los demandantes a trasladar el saldo total de la cuenta individual de ahorro incluido rendimientos financieros sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, mismos que debe retornar a COLPENSIONES debidamente indexados Debiendo igualmente en estos casos en cada uno de los casos estudiados ordenar a COLFONDOS reintegrar a COLPENSIONES los valores que a título de cuotas de administración y comisiones cobró mientras permanecieron aquí vinculados cada uno de los demandantes. TERCERO: DECLARAR no probar las excepciones propuestas por el extremo pasivo en cada uno de los procesos conforme a lo expuesto. CUARTO: CONDENAR en cada proceso en costas esta acción a cada una de las demandadas.” (Audiencia virtual, récord 49:57, archivo 27 primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR pide que se revoque la sentencia. Afirma que la demandante se vinculó a ese fondo como consecuencia de un traslado horizontal, momento para el cual no existía causal para que se rechazara la afiliación. Recuerda que el traslado fue con COLFONDOS y que se llegó el formulario suscrito con PORVENIR del cual se desprende el cumplimiento de las normas vigentes para la época. Se debe tener en cuenta los actos de relacionamiento que permite deducir la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS. Precisa que la demandante es una persona capaz y conforme su formación profesional le era posible entender las consecuencias del traslado. En caso de confirmarse la sentencia pide no se ordene la

EXP. 14 2020 00131 02

Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales por tener un origen legal y un destino específico, sobre los cuales además opera la prescripción. Frente a la indexación precisa que tal como lo ha sentado otros Tribunales, resulta excluyente con el traslado de los rendimientos, por generarse una doble condena. Pide se revoque la condena en costas como quiera que no hizo parte del traslado (Audiencia virtual, récord 53:56, archivo 36 archivo 27 primera instancia).

En el recurso COLFONDOS pide se revoque la orden de devolución de los gastos de administración como quiera que estos no afectan al afiliado, además ingresan a favor de la administradora COLPENSIONES, y que se revoque la condena en costas como quiera que su actuar se encuentra revestido de la buena fe (Audiencia virtual, récord 1:00:56, archivo 36 archivo 27 primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que no se logró demostrar el engaño sufrido por la demandante ni la falta de información al momento de la asesoría. Asegura que el formulario de afiliación fue suscrito bajo la gravedad de juramento de forma libre, voluntaria y sin presiones por lo que el mismo cumplió con los requisitos legales para la época sin que hubiera manifestación de retracto, por lo que no se logra inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, por lo que debe asumir la consecuencia legal y regirse por las normas pertinentes, procedimientos y requisitos establecidos en el RAIS. Indica que no es procedente que se alegue el engaño al observar sus expectativas fallidas¹ (Audiencia virtual, récord 1:20:37, archivo 36 archivo 27 primera instancia).

¹ “Teniendo en cuenta las sentencias condenatorias de primera instancia proferidas por el honorable Juzgado 14 Laboral del Circuito Judicial de Bogotá, me permito interponer y sustentar recurso de apelación en los procesos con radicado 2021 - 25 y 2021 – 407. En las sentencias el Juzgado ordenó declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de los accionantes LUZ STELLA MUÑOZ JARAMILLO y MARIA CRISTINA PEREA CASTILLO para su lugar tenerlas como afiliadas del régimen de prima media con prestación definida junto con el traslado de las AFP demandadas de todas las cotizaciones, frutos, rendimientos entre otros conceptos causados en su cuenta de ahorro individual. Al respecto me permito manifestar que la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones no comparte tal decisión, toda vez que como se indicó en las contestaciones de demanda como en los alegatos de conclusión, nunca a lo largo del transcurso del proceso nunca se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por las accionantes y recibido por parte de los fondos privados, así como la falta de información al momento de la asesoría. Al ser este un asunto probatorio donde Colpensiones no tiene documentos ni conocimiento de la mencionada asesoría recibida por las accionantes queda sujeto a que las AFP del RAIS logren demostrar respecto a su correspondiente gestión. Lo

EXP. 14 2020 00131 02

Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

anterior acorde al estatuto del consumidor, leyes y decretos que regulan la afiliación de los particulares al sistema de ahorro individual con solidaridad. No obstante, lo anterior si se llegan a revisar los formularios de afiliación y traslado firmados por las demandantes, suscritos bajo la gravedad de juramento, en los mismos se encuentran la manifestación expresa de que lo hicieron de forma libre y por su propia voluntad. Por tanto, la afiliación de las señoras LUZ STELLA MUÑOZ JARAMILLO y MARIA CRISTINA PEREA CASTILLO al RAIS se hicieron con el lleno de los requisitos legales, y en dicha oportunidad no manifestaron su deseo de retractarse, razón por la cual no podrá ordenarse el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida. Asimismo, dentro de los expedientes no hay prueba alguna de que efectivamente a las demandantes se les hubiere hecho incurrir en error, falta al deber de información por parte de las AFP a que se está en presencia de un vicio del consentimiento como es el error, fuerza o dolo. Asimismo, no se evidencia dentro de los formularios de afiliación nota de texto o anotación alguna que me permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte los mismos. Al contrario, se observa que en las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre coerciones o presiones indebidas. Vistos los hechos de las demandas es fácil concluir que no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto, que es el contrario celebrado entre las hoy demandantes y las AFP mencionadas. Por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad que afecte la validez del acto y lo que ordena su anulación o rescisión judicial. De lo anterior se deduce que de la decisión libre y voluntaria sin presiones, y en las oportunidades legales las demandantes nunca manifestaron su deseo de afiliarse al RAIS, por ende deben asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otras que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad. De modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo, que fueron engañadas solo por el hecho observar sus expectativas fallidas. Esto significa que el actuar de las administradoras del RAIS se ajustó a la ley y goza de plena y total validez. Es de concluir entonces que las accionantes en sus pretensiones fundan sus argumentos en el hecho de haber sido engañadas por los asesores de los fondos privados a los cuales han estado afiliadas. Por lo que, de conformidad con lo expuesto, el artículo 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso le corresponde a la carga de probar dicha afirmación, lo que brilló por su ausencia en los presentes casos. Centrándose en los hechos y pretensiones de las demandantes, se tiene que estas no están llamadas a prosperar por cuanto carecían de la totalidad de exigencias y rigurosidades que exigía la ley para retornar de RAIS al RPM. Por lo anterior, solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, que revoque las sentencias proferidas en primera instancia dentro de los radicados 2021 - 25 y 2021 – 407, y en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas"

EXP. 14 2020 00131 02

Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 33² años de edad y había cotizado 556,71³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 10 años y 7 meses)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad para adquirir el

² Nació el 24 de abril de 1963, folio 07 archivo 01.

³ Ver historia laboral de Colpensiones folio 45 a 48 archivo 01.

⁴ Ibidem

EXP. 14 2020 00131 02

Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

derecho a la pensión (tenía 59 años de edad- ver folio 7 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁵,⁶. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

EXP. 14 2020 00131 02
Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

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

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

EXP. 14 2020 00131 02

Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que siendo auxiliar de vuelo internacional, siempre permanece por fuera, afirma que fueron trasladados automáticamente por la empresa a COLFONDOS, bajo el argumento que el ISS se iba a acabar (Audiencia virtual del 26 de febrero de 2024 min 06:12).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo sumas adicionales de la aseguradora, gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de esta y de COLFONDOS por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la

EXP. 14 2020 00131 02

Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

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

En el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷) los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). En estas circunstancias no es posible, como se solicita en uno de los recursos, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLFONDOS y PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dichas entidades en el caso bajo estudio.

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

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

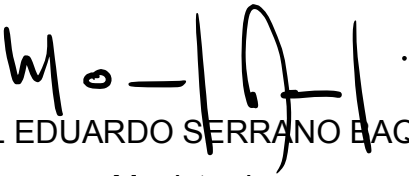
EXP. 14 2020 00131 02
Sandra Aida Leighton Guzmán Contra Colpensiones y otros

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS y PORVENIR.

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

RESUELVE

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE LUZ STELLA MUÑOZ JARAMILLO LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2023 por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUZ STELLA MUÑOZ JARAMILLO presentó demanda contra LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada a través de AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., así como sus posteriores traslados horizontales con la AFP HORIZONTE, LA AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA y PROTECCIÓN S.A., por falta al deber de información. Pide que se declare, para todos los efectos legales, que siempre permaneció en el RPM, y se ordene a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con todos los rendimientos sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta (ver demanda folios 1 a 39 y archivo 11 subsanación de la demanda, primera instancia).

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

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS (antes OLD MUTUAL) se opuso a las pretensiones. Afirma que no participó en el traslado inicial de régimen pensional, pues el 16 de diciembre de 2014 la demandante suscribió solicitud de vinculación a Porvenir. La selección de régimen es libre y voluntaria por parte de la afiliada por lo que al seleccionar el RAIS la demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias del régimen conforme lo dispone la Ley 100 de 1993, decisión que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación acto jurídico que está vigente y goza de efectividad. Formuló como excepciones de fondo las que denominó: *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participo 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 los principal- falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro- gastos de administración, buena fe y la genérica* (ver contestación folios 65 a 84 archivo 13, primera instancia).

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

PORVENIR S.A. se opuso también a todas las pretensiones. Afirma que el traslado de la demandante al RAIS estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de derecho. No se aportó prueba que permita indicar que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento a partir de lo cual se pueda establecer que dicho acto es nulo. Tampoco es viable que la demandante pretenda retornar al régimen de prima media cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse de régimen oportunamente, pese a lo cual, no solo continuó realizando cotizaciones en el RAIS, además, efectuó traslados horizontales dentro del mismo régimen. Formuló como excepciones de fondo las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 2 a 34, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, siendo imposible tenerla como afiliada del RMP. Indica que se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad al suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, que al momento del traslado no se encontraba inmersa en alguna causal de prohibición, y que la suscripción del formulario de afiliación denota la aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, improcedencia del traslado*

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

de régimen del pensionado y la innominada o genérica (ver contestación folios 2 a 26 archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante providencia dictada el 30 septiembre de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de PROTECCIÓN (archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a la MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folios 1 a 8 archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 30 de septiembre de 2022 (archivo 18, ibídem.).

Enterada de la demanda, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la contestó a través de apoderada judicial. No se opuso ni se allanó a las pretensiones puesto que estas tienen como sujeto pasivo de la relación material debatida a la AFP SKANDIA. Propuso como excepciones: *las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles y el reconocimiento oficioso de excepciones*. Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza. Se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado por cuanto la póliza contratada únicamente ampara la invalidez y la sobrevivencia y no se encuentra la declaración de ineficacia o nulidad; la obligación que adquirió la compañía fue pagar la suma adicional para completar el capital que financia estas pensiones. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *el 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 contraprestaciones 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*

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

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 la de reconocimiento oficioso de excepciones (ver contestación folios 1 a 22, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de diciembre de 2023 mediante la cual la Juez catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLPATRIA hoy PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hicieron las demandantes LUZ STELLA MUÑOZ JARAMILLO y MARÍA CRISTINA PEREA CASTILLO, del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR y PROTECCIÓN respectivamente, señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado, y por tanto siempre estuvieron afiliadas a COLPENSIONES, al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES. SEGUNDO. ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. en el proceso 25 de 2021 y a PORVENIR en el proceso 407 de 2021 donde se encuentran actualmente vinculadas las demandantes a trasladar hacia COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro de cada accionante, incluido rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, mismos que debe retornar debidamente indexados. Debiendo igualmente los fondos hacia donde se produjo el traslado de régimen pensional y aquellos en que estuvieron vinculadas las demandantes, proceder a reintegrar a*

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

COLPENSIONES los valores que cobraron a título de cuotas de administración y comisiones, y mientras permanecieron allí vinculadas las accionantes. TERCERO. ABSOLVER a la llamada en garantía MAFPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones que le formuló la llamante SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo. QUINTO. CONDENAR en costas de esta acción a las demandadas. SEXTO. CONDENAR en costas del llamamiento en garantía a la convocante SKANDIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y en favor de la llamada MAFPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.” (Audiencia virtual, récord 41:57, archivo 36 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de SKANDIA afirma que para el momento del traslado horizontal trasladó los aportes, razón por la cual no cuenta con recursos que correspondan a la demandante, en consecuencia, solicita que se revoque la orden de trasladar los gastos de administración y las primas de seguros previsionales. Afirma que existen normas especiales que regulan el traslado de recursos entre regímenes como el decreto 3925 del 2008 el cual no regula que deban recaer sobre los gastos de administración y primas de seguros. Frente a la figura del llamamiento afirma que Mapfre es la responsable de restituir las sumas recibidas¹ (Audiencia virtual, récord 50:12, archivo 36 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “De manera respetuosa, me permito interponer y sustentar parcialmente el recurso de apelación contra las dos sentencias, la 2021 - 25 y la 2021 - 407, dado que en los dos casos estuvo detrás mi representada durante toda la historia laboral del demandante. Es así, que, en efecto, como se acreditó ante el despacho mi representada en cada uno de los procesos y especialmente me refiero en este momento al 2021 - 25 trasladó todos los aportes que tenía a su disposición el 9 de agosto de 2014 hacía protección, y desde esta fecha, no cuenta con recurso alguno a favor de la aquí demandante. Corrijo, 9 de agosto de 2016. Es así que la afiliación que cobró vigencia ante el primero de febrero de 2015 hasta el 30 de junio de 2016 finalizó dado que la misma parte actora solicitó, la señora LUZ STELLA, un traslado nuevamente hacia protección y es así como trasladó más de 260 millones correspondiente a cotización obligatoria, una mora, una cotización voluntaria y fondo de garantía de pensión mínima. En ese orden de ideas, atendiendo a que existen normas especiales que regulan los traslados de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, encontramos que existe el decreto 3925 del año 2008. Y en ella no regula que deban recaer sobre los gastos de administración ni primas de seguros provisionales. Estos montos fue condenada mi representada en ambos procesos, por eso solicito de manera muy respetuosa a los honorables magistrados que se revoque su decisión, dado que en los dos casos se certificó el traslado de los recursos hacia otra administradora y que no cuenta recurso alguno a favor de la demandante, en los términos del decreto 3925 del año 2008. En ese orden de ideas solicita la suscrita en los dos procesos que se revoque parcialmente la decisión referente a los dos conceptos en las que fue condenada mi representada, en un y otro caso. Igualmente, esta decisión me lleva

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la sentencia. Afirma que no se logró demostrar el engaño sufrido por la demandante ni la falta de información al momento de la asesoría. Asegura que el formulario de afiliación fue suscrito bajo la gravedad de juramento de forma libre, voluntaria y sin presiones por lo que el mismo cumplió con los requisitos legales para la época sin que hubiera manifestación de retracto, por lo que no se logra inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, por lo que debe asumir la consecuencia legal y regirse por las normas pertinentes, procedimientos y requisitos establecidos en el RAIS. Indica que no es procedente que se alegue el engaño al observar sus expectativas fallidas² (Audiencia virtual, récord 53:42, archivo 36 del expediente digital, trámite de primera instancia).

a su vez, a presentar la solicitud o el recurso de apelación contra la decisión de absolver a la aseguradora MAFPRE frente a la figura del llamamiento en garantía, teniendo en cuenta que si en el presente caso ya se materializó, se declaró una ineficacia del traslado, esa ineficacia trae como consecuencia que deje sin sustento alguno ese contrato de seguros previsional que surgió o nació entre mi representada y la aseguradora MAFPRE, dado que se pierde ese interés asegurable. Al perderse ese interés asegurable el artículo 1077 indica que no produce efecto alguno dicho contrato de seguros. Por ende, debe la aseguradora indicar el último párrafo del artículo, restituir las sumas recibidas. En ese orden de ideas, honorables magistrados solicito tener en cuenta estos aspectos para la revocatoria de dicha decisión. Invitando igualmente, de manera muy respetuosa que así como se amplían los efectos de la ineficacia a de los traslados a las demás administradoras que ni participaron en el acto jurídico de traslado, ni contamos actualmente con recurso alguno, se extienda también a las aseguradoras quién fue finalmente que recibió el pago oportuno de las mismas. En ese orden de ideas su señoría, dejo presentado mi recurso de apelación en los dos casos”

² *“Teniendo en cuenta las sentencias condenatorias de primera instancia proferidas por el honorable Juzgado 14 Laboral del Circuito Judicial de Bogotá, me permito interponer y sustentar recurso de apelación en los procesos con radicado 2021 - 25 y 2021 – 407. En las sentencias el Juzgado ordenó declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de los accionantes LUZ STELLA MUÑOZ JARAMILLO y MARIA CRISTINA PEREA CASTILLO para su lugar tenerlas como afiliadas del régimen de prima media con prestación definida junto con el traslado de las AFP demandadas de todas las cotizaciones, frutos, rendimientos entre otros conceptos causados en su cuenta de ahorro individual. Al respecto me permito manifestar que la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones no comparte tal decisión, toda vez que como se indicó en las contestaciones de demanda como en los alegatos de conclusión, nunca a lo largo del transcurso del proceso nunca se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por las accionantes y recibido por parte de los fondos privados, así como la falta de información al momento de la asesoría. Al ser este un asunto probatorio donde Colpensiones no tiene documentos ni conocimiento de la mencionada asesoría recibida por las accionantes queda sujeto a que las AFP del RAIS logren demostrar respecto a su correspondiente gestión. Lo anterior acorde al estatuto del consumidor, leyes y decretos que regulan la afiliación de los particulares al sistema de ahorro individual con solidaridad. No obstante, lo anterior si se llegan a revisar los formularios de afiliación y traslado firmados por las demandantes, suscritos bajo la gravedad de juramento, en los mismos se encuentran la manifestación expresa de que lo hicieron de forma libre y por su propia voluntad. Por tanto, la afiliación de las señoras LUZ STELLA MUÑOZ JARAMILLO y MARIA CRISTINA PEREA CASTILLO al RAIS se hicieron con el lleno de los requisitos legales, y en dicha oportunidad no manifestaron su deseo de retractarse, razón por la cual no podrá ordenarse el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida. Asimismo, dentro de los expedientes no hay prueba alguna de que efectivamente a las demandantes se les hubiere hecho incurrir en error, falta al deber de información por parte de las AFP a que se está en presencia de un vicio del consentimiento como es el error, fuerza o dolo. Asimismo, no se evidencia dentro de los formularios de*

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la*

afiliación nota de texto o anotación alguna que me permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte los mismos. Al contrario, se observa que en las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre coerciones o presiones indebidas. Vistos los hechos de las demandas es fácil concluir que no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto, que es el contrario celebrado entre las hoy demandantes y las AFP mencionadas. Por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad que afecte la validez del acto y lo que ordena su anulación o rescisión judicial. De lo anterior se deduce que de la decisión libre y voluntaria sin presiones, y en las oportunidades legales las demandantes nunca manifestaron su deseo de afiliarse al RAIS, por ende deben asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otras que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad. De modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo, que fueron engañadas solo por el hecho observar sus expectativas fallidas. Esto significa que el actuar de las administradoras del RAIS se ajustó a la ley y goza de plena y total validez. Es de concluir entonces que las accionantes en sus pretensiones fundan sus argumentos en el hecho de haber sido engañadas por los asesores de los fondos privados a los cuales han estado afiliadas. Por lo que, de conformidad con lo expuesto, el artículo 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso le corresponde a la carga de probar dicha afirmación, lo que brilló por su ausencia en los presentes casos. Centrándose en los hechos y pretensiones de las demandantes, se tiene que estas no están llamadas a prosperar por cuanto carecían de la totalidad de exigencias y rigurosidades que exigía la ley para retornar de RAIS al RPM. Por lo anterior, solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, que revoque las sentencias proferidas en primera instancia dentro de los radicados 2021 - 25 y 2021 - 407, y en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas"

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 35³ años de edad y había cotizado 556,71⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 5 años 9 meses y 12 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad- ver folio 6 del archivo 03 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala

³ Nació el 24 de abril de 1963, folio 06 archivo 03.

⁴ Ver historia laboral de Colpensiones folio 249 a 250 archivo 17.

⁵ Ibidem

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶, ⁷. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

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

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

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

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que en el lugar en el que laboraba para la época, el personal de recursos humanos anunció una visita de los asesores de la AFP COLPATRIA, quienes les dieron una charla grupal donde informaron que el ISS se iba a acabar, sugirieron hacer el traslado hacia este fondo, les dieron unos formatos y los trabajadores firmaron. No obtuvo ninguna otra información acerca de las características, ventajas y desventajas entre un régimen y otro. (Audiencia virtual del 29 de noviembre de 2023).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo 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 indexados, a cargo de aquella y de PORVENIR y SKANDIA por el tiempo que estuvo afiliado a cada una de ellas; así lo definió la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa corporación, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han*

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ello implica, en el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), sin que sea posible compensar los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

Con relación al llamamiento en garantía, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó las pretensiones incoadas por la llamante, pues SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS no demostró la existencia de una relación sustancial con la aseguradora llamada en garantía que imponga a ésta (MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.) el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibió del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte del afiliado. Ello no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso (folios 10 y 11 archivo 13, primera instancia) en las que los beneficiarios son los afiliados al Fondo de pensiones obligatorias y no la demandada, y cuyo objeto -además- es diferente al pretendido por la recurrente.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA.

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

EXP. 14 2021 00025 01
Luz Stella Muñoz Jaramillo Contra Colpensiones y otros

RESUELVE

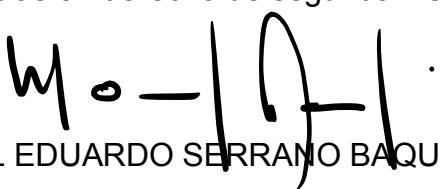
1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto,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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 14 2021 00291 01
Jovanny Andrés Ramírez Sánchez contra Pontificia Universidad Javeriana.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JOVANNY ANDRÉS RAMÍREZ SÁNCHEZ
CONTRA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2023 por la Juez Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra con las cuales se procuraba el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa, y el pago de prestaciones sociales.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOVANNY ANDRÉS RAMÍREZ SÁNCHEZ presentó demanda contra la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que su contrato de trabajo terminó por despido sin justa causa. En consecuencia, pide que se le condene a pagar la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., prestaciones sociales, indemnización moratoria y la indexación de las condenas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 28 de abril de 2000 suscribió con la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA contrato de trabajo a término indefinido, el cual finalizó el 17 de diciembre de 2020. Fue contratado para desempeñar el cargo de *oficios varios* y desde el 18 de mayo de 2018 fue ascendido al cargo de *conductor - recolector*. Aduce que desempeñaba sus funciones en forma personal atendiendo órdenes de las señoras HEIDI UESSELER FRANCO y MARÍA CONSUELO VILLAMIL, quiénes el 17 de

diciembre del año 2020 decidieron terminar el contrato de trabajo mediante una confusa comunicación alejada de la realidad, pues no se refieren a sus funciones y no existe una *causal objetiva*, comunicación de la cual solicitó aclaración o modificación el 22 de diciembre de 2020. Indica que recibía salario mensual de \$1.125.200 al final de la relación, y que en sus 20 años de labores tuvo felicitaciones por el desempeño y colaboración sin llamados de atención y sanción alguna. Considera que la demandada falta a la verdad al señalar como motivo a la terminación del contrato una falta al reglamento interno de trabajo a la normatividad laboral o a las políticas y procedimientos establecidos por la Universidad, toda vez que su conducta siempre fue ejemplar. En el mes de octubre de 2020 la señora HEIDI UESSELER FRANCO, directora de Gestión Humana de la Universidad, asumió un comportamiento tosco, agresivo y amenazante en su contra, y finalmente lo despidió pese a que el vínculo laboral se extendió por más de 20 años de servicios y goza de estabilidad laboral reforzada por estatus de prepensionado. Refiere que la demandada no pago en la liquidación final los montos debidos de las prestaciones sociales debidas, y le adeuda sumas de dinero por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, horas extras y dominicales, turnos programados adeudados, primas de servicio, e indemnización por despido sin justa causa.

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA a través de apoderado judicial. No aceptó ninguno de los hechos. Se opuso a las pretensiones afirmando que el contrato de trabajo que sostuvo con el demandante terminó por la causal dispuesta en el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T., pues se materializó un incumplimiento grave y reiterado a las obligaciones del demandante, consistente en que en tres oportunidades en el último año *chocó* el vehículo asignado para cumplir sus funciones así: el día 10 de mayo de 2020 por falta de pericia y cuidado con un ciclista y ocasionando daños al vehículo; el 12 de noviembre de 2020 con una buseta ocasionando un golpe en el capó; y el 2 de octubre de 2020 con la talanquera de ingreso de la Clínica Barraquer, hecho este último que omitió informar el extrabajador. Frente al pago de prestaciones sociales adujo que a lo largo de la relación laboral y a su finalización pagó la totalidad de salarios y acreencias laborales a las que tenía derecho el demandante, sin que se adeude suma alguna en su favor por ningún concepto, y por ende, tampoco hay lugar al pago de la sanción moratoria. En su defensa

Exp. 14 2021 00291 01

Jovanny Andrés Ramírez Sánchez contra Pontificia Universidad Javeriana.

propuso como excepción previa la de *inepta demanda por falta de requisitos formales* e *inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones* y de mérito aquellas que denominó: *inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa del demandante, inexistencia del fuero de prepensionado, de la inexistencia de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, prescripción, enriquecimiento sin causa del demandante, pago, compensación, buena fe, y la genérica* (folios 200 a 236, archivo 20 primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de septiembre de 2023, mediante la cual el Juzgado Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión la juez estimó que las conductas endilgadas al demandante en la carta de terminación del contrato ocurrieron, constituían una falta a sus obligaciones legales y contractuales, y fueron calificadas como graves conforme a los numerales 6, 7, 10, 13 y 20 del artículo 43 del Reglamento Interno de Trabajo de la demandada. Estimó que si bien la actividad desempeñada representa un riesgo, las reiteradas faltas o accidentes de los cuales fue protagonista llevan a concluir que incumplió los reglamentos de la universidad, adicionalmente en uno de ellos omitió realizar el reporte correspondiente a su superior inmediato, obligaciones y prohibiciones que se encuentran señaladas en la cláusula 8ª del contrato de trabajo y se calificaron como graves.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JOVANNY ANDRES RAMÍREZ SÁNCHEZ. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones cobro de lo no debió inexistencia del fuero de pensionado propuestas por la demandada. TERCERO: CONDENAR en costas al demandante para las agencias en derecho se fija la suma de medio salario mínimo legal, mensual vigente. CUARTO: CONSÚLTESE en la presente sentencia con el superior en caso de que no sea apelada por la parte demandante en los términos que define y establece el artículo 69 Código procesal del trabajo y de la seguridad social. esta decisión queda legalmente notificada en estrados a las partes.”* (Audiencia virtual, archivo 32 primera instancia, récord 1:48:09)

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación. Sostiene que en este proceso la demandada realizó mal la liquidación de prestaciones sociales. Frente a la terminación por despido sin justa causa aduce que la conducción de vehículos automotores es una actividad de riesgo y peligrosa, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, y las contingencias que ocurren no suponen la intención de causar daño al empleador, afirma que el accidente con la talanquera de la Clínica Barraquer se puso en conocimiento de la demandada de manera verbal. Afirma que el demandante no tuvo acceso al reglamento interno de trabajo y que nunca le fue suministrada una copia de su contrato de trabajo (audiencia virtual, archivo 32 récord 1:49:12, primera instancia)¹.

¹ “Esta apoderada interpone el recurso de apelación con miras señoría a que pues sea a través del honorable ad quo revocada la decisión proferida por este despacho, teniendo en cuenta bajo el principio de las siguientes consideraciones, en primer lugar no solamente se debe tener en cuenta la buena fe del trabajador que, quién al incoar una acción, en este caso en contra de la universidad pontificia javeriana, no lo hace en forma picaresca o por jugar, sino porque considera conculcados sus derechos que como trabajador ampliamente conocido por este despacho y durante el devenir procesal por más de 20 años, prestó sus servicios a la universidad y según su manifestación juramentada acepta haber recibido una liquidación, pero mal liquidada cuando el despacho lo que le preguntaba era si había gozado de vacaciones en primer lugar, ese ítem, en segundo lugar, nunca estuvo en discusión que el trabajador haya estado vinculado por el término superior a los 20 años, como se ha dicho, la prueba documental valorada por el despacho resulta ineficaz por cuanto, como se observa en la contestación de la demanda, la mayoría de los documentos, como el informe de la Clínica Barraquer como la certificación no firmada por mi mandante son documentos internos de la universidad que muy seguramente o que ponen en duda la buena fe reitero que mi procurado ha expresado en su libelo introductorio y sobre todo también la aceptación de buena fe y con la verdad de los incidentes acaecidos, y como lo dije en mis alegaciones, la actividad de conducir es una actividad de riesgo, es una actividad peligrosa que nada supone una intención de causar daño a su empleador y mucho menos sabiendo también que está resguardado su empleador por las pólizas que cubren este tipo de situaciones, esas situaciones o incidentes que fueron puestos en conocimiento de la demandada de manera verbal, como lo puede probar o cómo lo podemos probar al despacho si fueron, reiteró de manera verbal y a sí mismo el trabajador recibió la orden de arreglar, digamos en este caso la talanquera para que no le fuera cobrada por un valor superior o para que no fuera perjudicado precisamente en su relación laboral, es increíble y reitero, es inverosímil que haya sido tenida en cuenta tanto para el despacho como para la demandada, como causal de despido unos incidentes o accidentes de tránsito que, como dije, cualquier ser humano, cualquier conductor pudo haber cometido asimismo, la honorable corte suprema ha declarado también que la conducción de vehículos es una actividad peligrosa, como lo he dicho, la cual hace absurda la posición tomada por en este caso por la universidad, al exigir al trabajador o atar al trabajador como lo dije, no rayar no tener accidentes, pues estas situaciones son normales y absolutamente accidentales y por ello no se observa ni una mala fe ni una intención de conductores que manejan vehículos automovilísticos el reglamento interno de trabajo que mencionado en esta decisión recurrida señoría como lo dije, mi mandante jamás tuvo acceso a un reglamento interno de trabajo, jamás le fue suministrado siquiera copia del contrato de trabajo, cuando ya fue despedido y por orden de un derecho de petición pasado a su empleador tuvo acceso a partes de piezas procesales y, aparte de ese contrato de trabajo, para mayor detalle respecto del estudio y análisis de la sentencia proferida por sus señorías ruego en los términos del artículo 3, y el 65 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, en concordancia señoría con el artículo 322 del código general del proceso, hacer uso de manera escrita vuelvo y

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia, por estar contenidos en la sentencia y no haber sido apelados, los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que el 28 de julio de 2000 el demandante y la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA suscribieron un contrato de trabajo a término fijo, que fue modificado mediante otrosí suscrito entre las partes el 1 de febrero de 2017 para que éste fuera de término indefinido; (ii) que el último cargo desempeñado fue el demandante fue conductor – recolector; iii) que el último salario devengado ascendió a \$1.205.300; iv) que el vínculo finalizó el 17 de diciembre de 2020 por decisión unilateral de la demandada.

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir (i) si ocurrió o no un despido sin justa causa que dé lugar al pago de la indemnización reclamada, ii) si la demandada adeuda algún valor al demandante por concepto de prestaciones sociales, horas extras y dominicales, turnos programados y si tenía el estatus prepensionado.

I) INDEMNIZACIÓN DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. Para definir si la decisión unilateral de terminación del contrato de trabajo del demandante se soportó o no en una justa causa legal, la legislación laboral colombiana establece en el artículo 62 del Código Sustantivo, de forma taxativa, los *hechos o conductas* de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización.

Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación del contrato, los *hechos o conductas* concretos que son motivo de su decisión, sin que pueda alegar con posterioridad causas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa del trabajador a quien se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan expuesto en la carta de despido podrá ejercer tales derechos en el proceso judicial. La calificación de las conductas aducidas, para definir si se

reitero, para dar una mayor claridad en detalle de la sustentación del recurso incoado pretendiendo reiteró la revocatoria de la decisión aquí leída muchas gracias”.

Exp. 14 2021 00291 01

Jovanny Andrés Ramírez Sánchez contra Pontificia Universidad Javeriana.

enmarcan o no en una de las causas señaladas en la Ley, le corresponde al juez.

En el caso bajo examen, y según el texto de la carta de despido incorporada a las diligencias, el empleador endilgó al demandante, como justa causa para terminar el contrato de trabajo, el incumplir *gravemente* sus obligaciones y prohibiciones, específicamente haberse visto involucrado en tres (3) accidentes de tránsito con el vehículo asignado para el desempeño de sus funciones² (folios 81 a 84 archivo 20, primera instancia).

² “Estimado Jovanny: Me permito informarle la decisión de la Universidad de terminar su contrato de trabajo, de forma unilateral y con justa causa a la finalización de la jornada laboral del día JUEVES DIECISIETE (17) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VIENTE (2020) con fundamento en los siguientes hechos graves:

1. La Universidad tuvo conocimiento que usted de manera grave incumplió con el Reglamento Interno de Trabajo, con la normatividad laboral y con las políticas y procedimientos establecidos por la Universidad, las cuales fueron conocidas por usted con anticipación, como consecuencia de las faltas por usted cometidas, al chochar el vehículo asignado para sus funciones en varias oportunidades en el transcurso del año, lo cual ha ocasionado afectaciones de pólizas de la Universidad. 2. Dichas faltas, de conformidad con lo establecido en su Contrato de Trabajo, y en las políticas y procedimientos de la institución, constituye una falta grave a las obligaciones contraídas con la Universidad. 3. Con base en lo anterior, a Usted le fue solicitado rendir descargos el 04 de diciembre de 2020, a lo cual usted respondió brindando las explicaciones del caso: Frente a la pregunta “La Universidad tiene conocimiento que el día 01 de octubre chocó el vehículo contra la talanquera en el parqueadero de la clínica Barraquer ¿Qué tiene que decir al respecto? Usted respondió: “Sí señor, yo estaba dando reversa, la talanquera se bajó antes de tiempo y pues el señor que vende dulces me dijo pare que la talanquera se bajó. A la pregunta La Universidad tiene conocimiento que el 10 de mayo se presentó un incidente con el vehículo que usted tiene asignado y un ciclista, generando un daño al vehículo, ¿Qué tiene que decir al respecto? Usted respondió: “Si sucedió, saliendo de la 26 a coger la caracas, al frente del Movistar, empezando a coger camino, íbamos despacio, había un señor de una moto, miré mi espejo, venían dos carros, les di paso, salí para esquivar la moto y tomar mi derecha, cuando ingresé, pasé la moto e ingresé al carril, mi compañero Pedro Rueda, me grita, “Marica frene” yo frené de una cuando yo volteo, y vimos que el señor pasó por encima del vidrio de adelante y pues ahí mismo vimos que el señor cayó delante de la llanta del carro, le bajo y le pregunto qué pasó, el señor, me dijo que él venía rápido, y que no vio la moto y me metí ahí. Yo no vi al ciclista si no es por Pedro yo creo que hubiera matado a ese señor, pero la imprudencia fue de él no mía.” A la pregunta: “¿La Universidad tiene conocimiento que el día 12 de noviembre usted tuvo un incidente con una buseta ocasionando un golpe en el Capó del vehículo, ¿qué tiene que decir al respecto? Usted respondió: “Saliendo de la entrada de urgencias, venía una buseta rápido, la veo pasar, solté el freno un poquito, pero eso fue en segundos, y la buseta había parado a dejar un pasajero, y pues la golpeé, pero fue cuestión de segundos y sí eso sumió un poquito el capó. Frente a las respuestas por usted dadas, se observa claramente que usted no acepta su responsabilidad, cuando la naturaleza de su cargo de conductor- recolector, implica un mayor nivel de responsabilidad y cuidado, dado que, la actividad de conducción es catalogada como una actividad peligrosa, luego para la Universidad genera sorpresa y preocupación, la falta de cuidado, precaución y atención al volante, durante los recorridos que le son asignados, por tal razón las explicaciones por usted dadas no son aceptadas por la Universidad. 4. Así bien, del análisis de sus respuestas, se logró evidenciar el incumplimiento al Reglamento Interno de Trabajo, a la normatividad laboral y a las políticas y procedimientos establecidos por la Universidad; omitiendo así su deber de obrar de conformidad con los procedimientos establecidos por la Universidad, por lo anterior su obrar se constituye en un grave incumplimiento de sus obligaciones laborales, así como en una falta grave disciplinaria. De igual manera revisado su historial disciplinario, se observa que usted ha presentado varios procesos disciplinarios, siendo el último con una sanción de treinta días, por lo que no se observa una mejora en su desempeño laboral. En línea con las consideraciones expuestas, en el presente caso, usted no desplegó una conducta ajustada a los procedimientos e intereses de la Universidad, su descuido en el desempeño de sus obligaciones laborales, generan un motivo de preocupación para la Institución respecto al adecuado cumplimiento de sus funciones. Por todo esto, la

De esos tres accidentes solo resultaría pertinente, como causa de terminación del contrato de trabajo, el ocurrido el 1 de octubre de 2020 en el cual se produjo un daño a la talanquera de la Clínica Barraquer por ser el único concomitante al despido. Sobre este aspecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que, por respeto al principio de estabilidad laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, es inadmisibles fundar el rompimiento de la relación laboral en una infracción del pasado que no se alegó oportunamente y se supone olvidada por el transcurrir del tiempo (sentencia del 24 de enero de 2022 radicado 84797, M.P OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, SL18110 de 2016)³

Universidad ha perdido la confianza depositada en Usted como trabajador, todo lo cual conlleva a que se dé por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con el Numeral 6 del Literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo Subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965. Por lo anterior, a la terminación de su contrato se le entregarán además de las acreencias laborales a las cuales tiene derecho, las copias de los comprobantes de pago al sistema integral de Seguridad Social en salud, pensión, riesgos profesionales y aportes parafiscales realizados por la compañía a su nombre durante los últimos tres (3) meses de vigencia de su relación laboral. Para efectos del examen médico de egreso, le informamos que deberá presentarse para su práctica ante el centro médico autorizado por la Universidad el día cinco (05) de diciembre para la entrega de autorización. Si transcurrido este término no se practica el respectivo examen médico de egreso, el empleador quedará exonerado de esta obligación. En caso de no estar de acuerdo con la decisión, usted podrá solicitar de forma escrita revisión de la misma dentro del término de dos días (2) siguiente(s) a la notificación de la misma, ante la oficina de Relaciones Laborales dejando de presente que la petición de revisión o aclaración no suspende la aplicación de la decisión que le fue previamente notificada"

³ Si bien el artículo 64 del CST no contempla un término específico a partir del cual se pueda despedir al trabajador que ha incurrido en alguna de las causales previstas en el artículo 62 ibídem, esta Sala tiene adoctrinado que el tiempo es un criterio para discernir si el comportamiento del empleador estuvo orientado a olvidar o perdonar la falta que se le enrostra al empleado. De este modo, entre más distante sea la fecha del despido en relación con la de los hechos que fundamentan la causal, mayor es la posibilidad de que se haya expiado tácitamente la falta por parte del empleador.

Sin embargo, la Corte ha mantenido pacíficamente la postura conforme a la cual, el plazo prudencial y razonable surge a partir del conocimiento de la falta generadora del despido por parte del empleador. En ese orden, se ha aceptado excepcionalmente la ausencia de inmediatez cuando se debe adelantar un procedimiento convencional o reglamentario previo al despido o bien si requiere de una investigación para establecer tanto la comisión de la falta como su autor.

En la sentencia CSJ SL18110-2016 la Corte recordó su postura en torno al tema de la extemporaneidad del despido:

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la extemporaneidad del despido -punto (i)-, conviene recordar que esta Corporación, ha sostenido de forma pacífica que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva, toda vez que aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación este invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede olvidarse que entre las causas que le dan origen y la determinación de despido que se adopte, no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable, y que de no proceder el empleador a despedir a su trabajador de forma inmediata o dentro de un término prudencial, en sana lógica se entenderá que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta.

No obstante el razonamiento que hará la Sala cabe o se puede aplicar a cualquiera de los tres (3) hechos que se adujeron la carta de despido.

Tales conductas se enmarcan en el supuesto normativo del literal A) numeral 6 del artículo 62 del CST, que autoriza al empleador para dar por terminada la relación de trabajo cuando el trabajador ha incurrido en una *falta grave* a las obligaciones pactadas.

Sobre este último aspecto se debe señalar que la ley autoriza que la connotación de *gravedad* de una falta se asigne por las partes al suscribir el contrato de trabajo o la convención colectiva, por el empleador en los reglamentos de trabajo, o por un tribunal de arbitramento al decidir sobre este aspecto en un laudo arbitral, dada la dificultad que tendría una regulación general sobre gravedad de las omisiones frente a los deberes específicos de cada trabajador. Y si no se ha definido por las partes dicha connotación, será el juez quien evaluará la situación y decidirá atendiendo a las responsabilidades inherentes al cargo que desempeña el trabajador y la afectación que pueda producir la falta en el funcionamiento de las actividades del empleador o de su empresa.

Con estas precisiones normativas, para definir sobre la existencia de justa causa en situaciones como la que plantea la demandada, la Sala estudiará las pruebas aportadas al expediente para verificar, específicamente: i) si las conductas descritas en la carta de despido ocurrieron o no; ii) si constituyen una falta a obligaciones o prohibiciones que el trabajador tuviera asignadas en su relación de trabajo; y iii) si dichas faltas revisten gravedad.

i) Sobre lo primero, tal como lo señaló la juez de primera instancia, se encuentra probado en el expediente que el actor conducía el vehículo cuando ocurrió el accidente de fecha 1 de octubre de 2020, y los restantes, en el marco de la realización de sus funciones, con el vehículo asignado para el efecto.

Así se verifica del acta de descargos realizada el 04 de diciembre de 2020, en la que al interrogársele al demandante: *¿La Universidad tiene conocimiento que el día 01 de octubre chocó el vehículo contra la talanquera en el paradero de la Clínica Barraquer ¿Qué tiene que decir al respecto?*, frente a lo cual indicó: *“Si señor, yo estaba dando reversa, la talanquera se bajó antes de*

tiempo y pues el señor que vende dulces me dijo pare que la talanquera se bajó”; asimismo se le preguntó: *“¿La Universidad tiene conocimiento que usted realizo el arreglo de la talanquera sin informar a su jefe inmediato, que tiene para decir al respecto?”*, respondió: *“Cuando pasó eso, le informaron al jefe de quien me recibe los almuerzos, él bajó, me preguntó qué pasó, yo le expliqué, entonces estuvimos mirándola ahí le hicieron prueba de subida y bajada, en el momento que él bajo haciéndole esas pruebas se bajó una vez , él me dijo voy a mirar qué se puede hacer, el viernes cuando yo llegué aquí la jefe Lili me dijo que de la clínica habían enviado un correo con el incidente y la cotización (...)”*, así mismo se le preguntó: *“¿Es usted consciente que la reincidencia en sus faltas disciplinarias es un agravante de su conducta?,* y respondió: *“Sí señor.”* (folios 17 a 21 del archivo 02 y 24 a 29 archivo 12, primera instancia). También fue reconocido por el demandante en interrogatorio de parte rendido en el proceso (Audiencia virtual del 6 de septiembre de 2023 - archivo 29 Min. 42:16) y corroborado con el reporte realizado por el área de relaciones laborales de la dirección de Gestión de Talento Humano de la Pontificia Universidad Javeriana y del correo electrónico de fecha 02 de octubre de 2020 remitido por la Clínica Barraquer y fotografía adjunta (folio 60, 61 y 73 del archivo 20, primera instancia).

En el mismo sentido, declararon los testigos DIEGO MAURICIO TÉLLEZ GUEVARA (Audiencia virtual del 6 de septiembre de 2023 - archivo 29 Hora 1:01:34) y MARÍA CONSUELO VILLAMIL PEÑA (Audiencia virtual del 6 de septiembre de 2023 - archivo 29 Hora 1:30:44 Hora 1:31:33 Hora 1:32:47) abogado de la dirección de gestión humana y jefe del área en que laboraba el actor, respectivamente, quienes fueron coincidentes en señalar que tuvieron conocimiento de los accidentes.

Sobre la falta de reporte del accidente al empleador tampoco se pronunciará la Sala, pues tal conducta no fue aducida como causa de la terminación del contrato de trabajo, en la carta de despido.

ii) Sobre lo segundo (si la falta constituye una omisión a las obligaciones legales o contractuales del trabajador), no encuentra el Tribunal demostrada una omisión del trabajador a los deberes de cuidado y precaución, pues no se probó su culpa en la ocurrencia de dichos accidentes dentro de este proceso judicial, ni se dedujo su responsabilidad por la autoridad de tránsito

competente para el efecto. Ello excluye la posibilidad de entender a los accidentes como la consecuencia de una *omisión* o falta a los deberes de cuidado y diligencia a los que se comprometió en el contrato y en el reglamento de trabajo.

Sobre el último accidente el demandante no reconoció (por confesión) una omisión propia, por el contrario, en el interrogatorio de parte manifestó que no era la primera vez que la talanquera se bajaba pues era demasiado sensible y adujo que antes de él pasara, a 3 carros de la misma clínica y a otros proveedores también los golpeó dicha barrera. Sobre los otros accidentes dijo: frente al ocurrido con una bicicleta, que la imprudencia fue de quien la conducía, pues sin bien iba pendiente de los carriles aledaños y de una motocicleta, el ciclista se le pasó delante y no alcanzó a frenar; y frente al accidente con un bus dijo que fue dicho automotor el que frenó repentinamente para dejar un pasajero sin aceptar la infracción de alguna norma de tránsito o de deberes de diligencia y cuidado.

Ningún testigo presencial de tales accidentes se trajo al proceso.

En consecuencia no se aportó prueba, por quien tenía la carga procesal (el empleador) de una responsabilidad del trabajador en la ocurrencia de los accidentes, y por ello, no se puede deducir omisión alguna a las obligaciones de cuidado y diligencia en el cumplimiento de las funciones encomendadas.

Ahora y sobre la naturaleza del cargo desempeñado por el demandante como conductor, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho reiteradamente que la conducción de vehículos automotores es una actividad peligrosa y por ello implica *riesgos*; en este sentido, de todos es sabido que los trabajadores en Colombia pueden participar de las utilidades de la empresa pero no pueden asumir los *riesgos* ni las pérdidas del negocio de su empleador, lo que hacía particularmente necesaria la demostración en el proceso de una responsabilidad subjetiva del trabajador en la ocurrencia de los accidentes de tránsito sobre los cuales la demandada sustentó el despido.

(iii) Como no está demostrada una omisión a las obligaciones del trabajador en el cumplimiento de sus funciones, no hay lugar a estudiar si dicha falta resulta grave o no.

Pero de todas formas y aun si se pudiera entender la existencia de las faltas, estima la Sala señalar que los accidentes referidos en la carta de despido trajeron como consecuencia daños menores a los bienes del empleador, lo que les restaría la connotación de *gravedad* necesaria para validar la causa de despido que se adujo para terminar el contrato de trabajo -en este caso- de un trabajador que llevaba más de 20 años de vinculación.

En ese orden, hay lugar al pago de la indemnización reclamada, con base en lo dispuesto en el artículo 64 del CST, para lo cual se debe tener en cuenta que el contrato estuvo vigente entre el 28 de julio del año 2000 y el 17 de diciembre de 2020 y que el último salario devengado correspondió a \$1.205.300 (folio 17, del archivo 20, primera instancia).

Efectuadas las operaciones pertinentes se obtiene la suma de \$16.711.261, que deberá pagar la demandada debidamente indexada al momento del pago.

Se revocará en este sentido la decisión de primera instancia que llegó a una conclusión diferente y se dictará la condena pertinente.

II) LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES. Para resolver esta parte de la controversia advierte la Sala que en el recurso de apelación no se indicaron las razones por las cuales la demanda o la juez hubieran liquidado de manera errónea las prestaciones sociales del actor, lo excluiría esta materia de estudio en la alzada. No obstante el Tribunal revisó las liquidaciones definitivas de prestaciones sociales, y no observa error alguno del cual pudiera surgir una acreencia para el demandante, pues se liquidaron y pagaron las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios y vacaciones, y los recargos pertinentes. El pago lo reconoció el demandante al absolver el interrogatorio de parte que se formuló por la demandada (Audiencia virtual del 6 de septiembre de 2023 - archivo 29 Hora 53:06). En cuanto a las horas extras dominicales y turnos programados no existe prueba que acredite o respalde el derecho a pagos adicionales, pues no se demostró por el trabajador, quien tenía la carga procesal pertinente en los términos del artículo 167 del CGP⁴, que hubiera servido en jornadas adicionales a las que le fueron remuneradas.

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1084-2020 Rad. 68086.

Exp. 14 2021 00291 01

Jovanny Andrés Ramírez Sánchez contra Pontificia Universidad Javeriana.

Finalmente, en cuanto a las obligaciones que el recurrente aduce causadas por ser *prepensionado*, se confirmará también la sentencia apelada, pues no se probaron las condiciones definidas en la jurisprudencia para ese efecto: según las pruebas aportadas, para la fecha del despido el demandante tenía 43 años de edad.

Por el resultado del proceso, las costas en primera instancia correrán a cargo de la demandada.

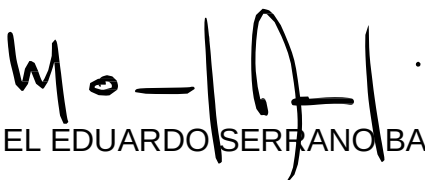
Sin COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a la demandada del pago de indemnización por despido injusto para **CONDENAR** a la Pontificia Universidad Javeriana al pago indexado de \$16.711.261 por este concepto.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.
3. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARIENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 17 2020 00047 01
Nubia Graciela Mogollón Mogollón contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NUBIA GRACIELA MOGOLLÓN MOGOLLÓN
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad la sentencia dictada el 7 de febrero de 2024 por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NUBIA GRACIELA MOGOLLÓN MOGOLLÓN presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de PORVENIR. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR a trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e interés, y se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado (ver demanda folios 41 a 55 archivo 02, del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 17 2020 00047 01

Nubia Graciela Mogollón Mogollón contra Colpensiones y otro.

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que el traslado se realizó en virtud del derecho a la libre escogencia contenida en el literal e) de la ley 100 de 1993 cumpliendo los requisitos que para la época se exigían, y las manifestaciones de la demandante no demuestran un vicio del consentimiento que hiciera nulo o ineficaz el acto jurídico de afiliación a la AFP del RAIS; además, la información que aduce no se brindó por parte de la administradora de pensiones se encuentra contenida en la ley 100 de 1993, norma de público conocimiento. Advierte que la demandante tenía la obligación, como consumidor financiero, de utilizar los mecanismos de divulgación de la AFP y verificar como es el funcionamiento, condiciones y características de los regímenes pensionales. Propuso como excepciones de mérito las que tituló: *inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 23 archivo 11 subsanación de demanda del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. también se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que la demandante pretende desconocer su traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad efectuado en el año 1994 mediante formulario No. 2116774 se hizo libremente. Sostiene que cumplió con los deberes de información al asesorar de manera clara, precisa, veraz y suficiente sobre las condiciones, características y funcionamiento del RAIS, conforme las disposiciones de la Ley 100 de 1993, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico y que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Sin perjuicio de ello, sostiene que no es procedente la declaración de ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque esta solo es aplicable a situaciones dolosas las cuales no se acreditan ni se alegan en la demanda, y en todo caso se garantizó el derecho al retracto mediante comunicado de prensa en el diario el Tiempo en el cual se informó a los afiliados la posibilidad de trasladarse entre regímenes de acuerdo con las modificaciones introducidas con la Ley 797 de 2003. Aduce que la demandante desconoce la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por

EXP. 17 2020 00047 01

Nubia Graciela Mogollón Mogollón contra Colpensiones y otro.

el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica* (ver contestación folios 2 a 22, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de enero de 2024 mediante la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción, propuestas por las entidades demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora NUBIA GRACIELA MOGOLLÓN MOGOLLÓN, identificada con la cédula de ciudadanía 51783919, al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, lo anterior, según lo analizado. TERCERO: DECLARAR que la demandante señora MOGOLLÓN MOGOLLÓN se encuentra válidamente afiliada a régimen de prima media con prestación definida y que COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad a ese régimen pensional según las consideraciones expuestas. CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos y rendimientos e intereses, gastos de administración descontados, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio,*

EXP. 17 2020 00047 01

Nubia Graciela Mogollón Mogollón contra Colpensiones y otro.

según lo expuesto en precedencia. QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos que efectúe PORVENIR, S.A. a favor de la demandante y a convalidarlos en su historia laboral, pudiendo desplegar todas las actuaciones que la ley le otorga con miras a obtener la devolución total de esos dineros e incluso demandar si es del caso del resarcimiento de perjuicios en caso de así establecerse. SEXTO: CONDENAR en cosas a las demandadas y se dispone que una vez en firme esta sentencia, por secretaria se practique la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor \$1.000.000 moneda corriente. SÉPTIMO: SE DISPONE la consulta esta sentencia a favor de COLPENSIONES. REMÍTASE el expediente al superior una vez concluya la presente diligencia.” (Audiencia virtual, récord 37:30, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. pide que se revoque el numeral cuarto de la sentencia. Afirmo que no se puede ordenar la devolución indexada de los valores descontados con cargo a sus propios recursos, pues se generaron unos rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual y compensan cualquier pérdida del poder adquisitivo, ordenar la indexación sería imponer una doble sanción a la entidad, y la devolución de esos valores no dejaría ni a la demandante ni a Colpensiones en el estado que se encontraban antes de la celebración del negocio que se declara ineficaz. Solicita que se revoque la orden de devolver los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, por ser valores que nunca ha administrado y no se ha lucrado de los mismos¹

¹ “Gracias su Señoría, Porvenir S.A propone recurso de apelación en contra del numeral cuarto, en cuanto ordena que se retornen ciertos valores de forma indexada, y el porcentaje que se descontó y se destinó al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a los propios recursos de la entidad se sustenta el recurso de la siguiente forma. No hay lugar a que se ordene a que a mi representa a devolver ciertos valores de forma indexada, porque durante el tiempo en la filiación de la demandante con Porvenir S.A se le ha mantenido siempre una rentabilidad mínima en su cuenta de ahorro, lo que de entrada dice cualquier tipo de pérdida, el poder adquisitivo que se quiera combatir con la indexación. Al mismo tiempo, pues se le generaron unos rendimientos financieros que hoy reposan en su cuenta ahorro individual, los cuales también, pues entran a compensar cualquier pérdida del poder adquisitivo en ese sentido, no habría lugar a que se ordene, pues la indexación de estos montos al mismo tiempo, pues, honorables magistrados, se le estaría casi que imponiendo una doble sanción a mi representada al ordenarle retornar los rendimientos generados, y, también ordenarle a devolver ciertos valores de forma indexada, si los efectos de estos procesos son los de retrotraer las cosas a su estado inicial, devolverlas cosas a su estado, a su status quo, pues si se le entregan los rendimientos financieros alcanzados, que no se habrían logrado si las cotizaciones siempre hubieran entrado a las arcas de Colpensiones, y también se ordena que unos valores sean indexados, regresados de forma indexada, pues ciertamente no se está

EXP. 17 2020 00047 01

Nubia Graciela Mogollón Mogollón contra Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 40:10, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia. Afirma que la afiliación de la demandante se llevó a cabo cumpliendo los requisitos previstos en la normatividad vigente para la época -Ley 100 de 1993- esto es, bastaba con la simple aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado que se expresaba con la firma del formulario. Considera que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se confirme la orden de devolución de los aportes y se condicione el cumplimiento de las obligaciones al reintegro de los recursos. Pide que se revoque la condena en costas por ser un tercero en el acto jurídico² (Audiencia virtual, récord 43:45, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

dejando ni a la demandante ni a Colpensiones en la estado (sic) en el que se encontrarían antes de la celebración de ese, de ese negocio que se declara hoy ineficaz por otro lado, pues también se le está ordenando a mi representada que los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima los cubra con sus propios recursos, en lo que también a lo que también solicitaría fuera revocado debido a que Porvenir nunca ha administrado estos valores y no se han lucrado de los mismos también, pues nuevamente, sí, lo que se busca es dejar sin efectos este negocio, que se declara ineficaz si permitimos que estos valores, que fueron descontados de las cotizaciones de la demandante permanezcan en este fondo, pues estamos dejando que le sobrevivan efectos al negocio que se declara ineficaz. El Fondo de Garantía de pensión mínima, a su vez, tiene una naturaleza específica, la cual es cubrir a los afiliados del RAIS que no alcancen a lograr su pensión mínima y protegerlos, pues con con (sic) una garantía de pensión. Pero si la demandante va a ser parte del régimen de prima media, pues no habría razón para que sus cotizaciones permanecen, permanezcan en un fondo del cual ella ya no se va a beneficiar de esta forma dejo sustentado mis recursos”.

² “Gracias su señoría, estando aquí dentro de la oportunidad procesal, interpongo el recurso de apelación en contra la decisión aquí emitida. Primero, que todo solicitándole amable tribunal, se revoque la decisión emitida por su despacho bajo los cimientos de argumentos, en el entendido que al momento de declararse la ineficacia del traslado bajo el precepto bajo el concepto o considerando por parte de este despacho la falta de información de la AFP para el momento en que se realizó dicho traslado por la demandante, se entiende que la realidad del momento y la normativa aplicable para ese entonces era la ley 100 en su artículo 13, literal b) y l), el decreto 692 del 94 y decreto 663 del 93, que manifestaban que simplemente con aceptación espontánea, libre y expresa un afiliado, al afiliarse el régimen, se entendía ya cumplido, y no existía más de allá de un vicio de consentimiento, una nulidad respecto al momento en que se estaba realizando dicho traslado, el cual se ratificaba con la firma de dicho formulario y la diligencia del minuto no es razonable ni jurídicamente imponer el administrador obligaciones y soporte de información, no previsión, ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen, pues a la existencia el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio del debido proceso, señalaría, no consiste solamente la posibilidades de la defensa o la oportunidad de interponer un recurso, sino que además, como lo expresa la carta política en su artículo 29, el ajuste de las normas preexistentes en su momento con estos argumentos, se solicita al honorable Tribunal se revoque de manera respetuosa aquí la decisión tomada por su despacho, toda vez que estaría afectando el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, consagrado en el artículo 48 de la carta política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 1 del 2005 a su vez, si el honorable Tribunal llega a ratificar esa decisión, esa sentencia emitida por este despacho, se le solicita se tenga aún la condena respecto al condicionamiento de que mi representada no podrá dar cumplimiento a la misma hasta que la AFP reintegre todos, la totalidad de las cotizaciones que se tenía por parte de la AFP en su momento por el demandante, que son recursos de cuentas individuales, rendimientos bonos pensionales, cuotas de seguros provisionales, cuotas de

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

administración, entre otras, con la finalidad de que mi representada pueda dar cumplimiento de dicha sentencia a su vez se le solicitaron el Tribunal se revoque, pues, la decisión aquí de condenar en cosas representada, toda vez que no fue o no hizo, no fue partícipe del hecho en su momento, pues fue ocasionado por tercero y será un daño, un injustificado hacia lo mismo Muchas gracias, Señoría, dejo alegato, mi recurso de apelación, disculpe, sustentado”

EXP. 17 2020 00047 01

Nubia Graciela Mogollón Mogollón contra Colpensiones y otro.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 30³ años de edad y había cotizado 160.71⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 años, 1 meses y 29 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 40 del archivo 02 del expediente digital).

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

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

³ Nació el 07 de octubre de 1964, folio 40 archivo 02

⁴ Ver historia laboral de Oficina de Bonos Pensionales folio 81 a 85 archivo 09

⁵ Ibidem

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

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

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

EXP. 17 2020 00047 01

Nubia Graciela Mogollón Mogollón contra Colpensiones y otro.

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

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

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

EXP. 17 2020 00047 01

Nubia Graciela Mogollón Mogollón contra Colpensiones y otro.

derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión de forma específica para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que en el momento del traslado trabajaba en un almacén en el centro comercial Galerías, y un asesor reunió a varios trabajadores y les informó que el ISS se iba acabar, que el dinero de los aportes para pensión se iba a perder, que no tendrían la posibilidad de pensionarse, y que en su lugar, en el fondo privado tenían la posibilidad de acceder a la pensión a una edad más temprana y con una mesada de mayor valor (Audiencia virtual del 31 de enero de 2024).

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

EXP. 17 2020 00047 01

Nubia Graciela Mogollón Mogollón contra Colpensiones y otro.

igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo bonos pensionales, rendimientos los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, gastos de administración, comisiones y las primas de seguro previsional debidamente indexados. así lo definió la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa corporación, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ello implica, en el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), sin que sea posible compensar los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

Igualmente se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación folios 3 a 32 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

EXP. 17 2020 00047 01
Nubia Graciela Mogollón Mogollón contra Colpensiones y otro.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

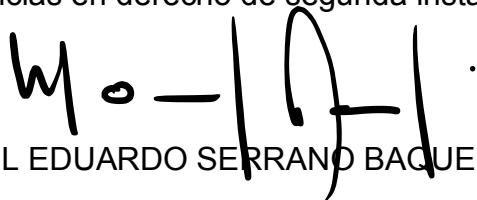


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE FRANCISCA PEÑA GUTIÉRREZ CONTRA EL
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE
COLOMBIA.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de agosto de 2023. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se perseguía la indexación de una sustitución pensional.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FRANCISCA PEÑA GUTIÉRREZ, presentó demanda contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca y pague la sustitución pensional causada por el deceso de EFRAÍN BERMÚDEZ MARTÍNEZ de la pensión sanción que causó el fallecido, a partir de la fecha de su muerte, debidamente indexada; de forma subsidiaria solicita el reconocimiento y pago de la sustitución pensional de conformidad con el artículo 46 y 74 de la ley 100 de 1993 y los intereses de mora.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que EFRAÍN BERMÚDEZ MARTÍNEZ (QEPD) se vinculó a través de contrato de trabajo a la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia el 11 de agosto de 1980 como obrero de vía, y que el último cargo desempeñado fue el de investigador I. Aduce que

el fallecido consolidó una antigüedad de 11 años, 2 meses y 15 días, lo que arroja un total de 576.42 semanas y fue despedido sin justa causa el 1 de abril de 1992 por la supresión legal de su cargo. Indicó que el fallecido nació en el año 1954, que conformaron una unión marital de hecho de la cual nació Marlon Andrés Bermúdez Peña que hoy es mayor de edad, y que desde que empezó su convivencia con el causante tuvo continuidad de vida doméstica constante permanente, publica e ininterrumpida hasta la fecha de su muerte el 16 de octubre de 1996 y que siempre dependió económicamente de aquel. Solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada. Refiere que el causante devengó como último salario promedio de liquidación la suma de \$175.806,13 mensuales, que nació el 27 de diciembre de 1958, y que para el 30 de marzo de 1992 desempeñaba funciones ordinarias de un trabajador raso sin ninguna distinción o calificación especial en la demandada (ver demanda archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, el FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que el señor EFRAÍN BERMÚDEZ MARTÍNEZ (QEPD) no ostentaba la calidad de trabajador oficial al momento de su retiro, por el contrario existió una relación laboral de carácter legal y reglamentario. En su defensa propuso las excepciones de mérito de: prescripción, buena fe, presunción de legalidad y la genérica (ver contestación archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En audiencia de fecha del 19 de noviembre de 2018 el Juez de instancia ordenó de oficio integrar el contradictorio con MARLON ANDRÉS BERMÚDEZ, EFRAÍN BERMÚDEZ, ADRIANA PAOLA BERMÚDEZ EGUIS y MADELEINE BERMÚDEZ y como ad excludendum a MERLY DE LIMA MANJARREZ y YOLIMA ISABEL EGUIS NÚÑEZ (Audiencia del 19 de noviembre de 2018 del archivo 08 primera instancia).

ADRIANA PAOLA BERMÚDEZ EGUIS contestó la demanda a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones afirmando que la demandante no convivió con el señor Efraín Antonio Bermúdez Martínez (QEPD) (ver contestación archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto del 23 de junio de 2021 se tuvo por no contestada la demanda a MARLON ANDRÉS BERMÚDEZ, MADELEINE BERMÚDEZ, EFRAÍN BERMÚDEZ litis consortes necesarios y a MERLY DE LIMA MANJARREZ vinculada como tercera ad excludendum (archivo 17 primera instancia). Mediante auto del 21 de abril de 2023 se tuvo por no contestada la demanda a YOLIMA ISABEL EGUIS NÚÑEZ también vinculada como tercera ad excludendum (archivo 21 primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de agosto de 2023, a través de la cual el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probada la excepción de presunción de legalidad propuesta por la demandada. Para tomar su decisión el juez consideró que EFRAÍN ANTONIO BERMÚDEZ MARTÍNEZ (QEPD) no reúne el requisito de 10 años de servicio establecido en la ley 171 del 1961, pues solo trabajó 8 años, 10 meses y 11 días para Ferrocarriles Nacionales de Colombia como trabajador oficial, por lo que no dejó causado el derecho, para ese efecto estimó no se podían sumar los tiempos laborados como trabajador oficial con los laborados como empleado público. Frente a las pretensiones subsidiarias argumentó que para ser beneficiario de las prestaciones pensionales establecidas en la ley 793 de 2003 el solicitante debe encontrarse afiliado o asegurado en uno de los dos regímenes del sistema, sin que en todo caso la aquí demandada Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia haga parte de alguno de dicho régimen, por lo que no había lugar a realizar el estudio de la de la pretensión conforme a dicha normatividad. Adicionalmente refirió que la pensión de sobrevivientes ya fue reconocida por la entidad correspondiente COLPENSIONES a los beneficiarios del causante.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la entidad demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por parte de la señora FRANCISCA PEÑA GUTIÉRREZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción presunción de legalidad propuesta por la demanda, en razón a lo expuesto a lo largo de la decisión emitida, el despacho se revela del estudio de los demás medios de defensa*

propuestos, dadas las resultas del proceso. TERCERO: CONDENAR en costas a cargo de la parte demandante FRANCISCA PEÑA GUTIÉRREZ, dentro de las que se deberán incluir por concepto de agencia en derecho a la suma equivalente de \$200.000 pesos a favor del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y de los llamados litis consorcios necesarios. CUARTO: CONTRA la presente providencia sólo procede el recurso de apelación, en caso de no ser apelada la presente, providencia, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código de sustantivo del trabajo y la Seguridad Social.” (audiencia virtual del 17 de agosto de 2023, récord 25:29, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado judicial de la demandante la apeló. Afirma que el señor EFRAÍN ANTONIO BERMÚDEZ MARTÍNEZ ostentó la calidad de trabajador oficial y no de empleado público de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con una antigüedad de 11 años, 2 meses y 15 días, y que fue despedido sin justa causa, calidad que además fue reconocida en sentencia dictada por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta y confirmada por el Tribunal Superior de Santa Marta, la cual obra en la hoja de vida del causante. Aduce que en el proceso se reúnen los requisitos de aplicación de la condición más beneficiosa prevista en el artículo 53 de la Constitución Política en el sentido en que su derecho pensional de sobrevivientes se debe regir por la ley vigente al momento de la muerte, es decir por la ley 100 de 1993, que en su artículo 46, 47 y 74 preveían que con solo 26 semanas en el último año de servicio se hubiese podido consolidar el derecho pensional que a su vez podía transmitirse a su núcleo familiar, en este caso su compañera permanente, hoy demandante, y que por aplicación de dicho principio la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la prestación. Reitera que el demandante cumplió 11 años, 2 meses, y 15 días, de servicios y se deben considerar semanas equivalentes de acuerdo a lo previsto en la ley 171 del año 1988, artículo 7. Considera que no se puede confundir la pensión reclamada con que la demandante ostente la calidad de beneficiaria de la pensión de vejez que construyó EFRAÍN BERMÚDEZ MARTÍNEZ por

sus cotizaciones a Colpensiones ¹ (audiencia virtual del 17 de agosto de 2023, récord 26:39, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Sí, señor juez, manifiesto que interpongo recursos de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir con el objeto de que el Honorable Tribunal Superior en sede de alzada se sirvan revocar íntegramente la providencia recurrida para que en su defecto se provea dictando providencia que contenga un procedimiento favorable a las pretensiones promovidas desde el nivel inicial en favor de mi procurada Francisca Peña Gutiérrez la presente apelación se fundamenta en la siguiente razones de hecho y de derecho, me asisten puntos de convergencia con los siguientes presupuestos fácticos, dados o establecido por su despacho, tales como que mi mandante laboró para la empresa ferrocarril nacional de Colombia desde el 11 de agosto de 1980 al 1 de abril del año del año 1992, consolidando una antigüedad allí de 11 años, 2 meses y 15 días de su fecha de retiro de dicha empresa fue el primero de abril de 1992 que el señor Efraín Bermúdez Martínez falleció el 16 de octubre del año 96 quedaron como hechos indiscutidos en el plenario, dado que ahí existe prueba documental al respecto que mi mandante francisca peña Gutiérrez, al momento de ocurrir el óbito de su compañero permanente de Efraín Bermúdez Martínez ya era mayor de 30 años de edad que tuvo con el señor de Efraín Bermúdez Martínez, un hijo cuyo nombre es Marlon Andrés Bermúdez Peña, persona mayor de edad y plenamente capaz al respecto los puntos de discrepancia y de divergencia con la sentencia aquí impugnada se refiere a que su despacho dio por acreditado que el señor Efraín Bermúdez Martínez ostentó la calidad de empleado público para la empresa ferrocarriles nacionales de Colombia, recordemos que el estatuto administrativo fijado en los decretos 3135 de 1968, reglamentado por el decreto 1848 de 1969, viene al unísono por ejemplo, en el artículo quinto del decreto 3135 de 1968 inciso segundo dice, las personas que prestan sus servicios en las empresas centrales y comerciales del estado, son trabajadores oficiales sin embargo, el instituto de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deberán ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos es decir, aquí la normatividad se refiere a que si la empresa ferrocarriles nacionales de Colombia como empresa industrial y comercial del estado que fue, sus trabajadores solamente tenían la calidad de trabajador oficial, excepto aquellos que efectuasen funciones de dirección o confianza para los cuales estos serían revisados en los estatutos, es decir, no sirve que la misma empresa haya catalogado a un subordinado laboral como empleado público para que el operador judicial se sirva tenerlo como empleado público, ya que la regla general es que si trabajo para empresas industrial y comercial del estado, se debe considerar trabajador oficial y excepcionalmente respectivamente, se le debe considerar empleado público, siempre y cuando cumpla unas funciones de dirección o confianza prueba esta que realmente brilla por su ausencia del plenario y además en el plenario en la hoja de vida del señor Efraín Antonio Eduardo Martínez reposa sentencia de la justicia laboral ordinaria del Juzgado Tercero Laboral de Circuito de Santa Marta del 27 de julio del año 1994, confirmada por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en donde se estableció que efectivamente el señor Efraín Bermúdez Martínez ostentó desde su momento de ingreso a su momento de retiro, la calidad de trabajo oficial para la extinta empresa ferrocarriles nacional de Colombia por lo tanto, considero de que realmente mi mandante al momento de su retiro el 1 de abril del año 1992, ostentaba la calidad de trabajo oficial, no importa la denominación que le haya dado la parte demandada la empresas ferrocarriles nacionales de Colombia, en donde lo había catalogado como empleado público sin haber probado la parte demandada, las funciones que al último cargo de investigador se le asignaban y sin realmente nunca se conoció en el paginario, si eran funciones de direccionado o confianza, por lo tanto se debe mantener la regla general de que mi mandante realmente por haber sido trabajador de una empresa comercial del estado, debería ser catalogado como trabajador oficial, así las cosas tenemos de que considero de que si la Corte Suprema de Justicia adoctrinado de que la pensión sanción se causa del despido del trabajador como este, el señor Efraín Bermúdez Martínez fue despedido el 01 de abril de 1992 considero de que haber sido despedido por una decisión unilateral por parte de la empresa ferrocarriles nacionales de Colombia, consideró de no se agotó las formalidades previstas en los en los artículos 48 y 49 del decreto 2127 del año 45 y por lo tanto realmente se debió tener por sentado de que Efraín Bermúdez Martínez fue despedido sin justa causa, además, con antigüedad consolidada de 11 años, 2 meses, 15 días, se debe tener en cuenta de que realmente se dejó causado un derecho a la pensión restringida de jubilación o pensión sanción prevista en el artículo octavo de la ley 171 de 1961, que realmente por el fenómeno que al haber muerto prematuramente el 16 de octubre del año 1996, cuando aún no tenía 60 años de edad, la habilitación de la edad la ha aceptado la Corte Suprema de Justicia, entre otros, en sentencia de radicado 36473 y 34779 entonces, por lo tanto, considero de que el mandante

al momento de su retiro dejó causado el derecho a la pensión sanción derecho que a la vez transmitió a su causahabiente la señora Francisca Peña Gutiérrez, habida cuenta de que inclusive ella ya había acudido a la justicia ordinaria laboral a demandar la pensión de sobreviviente por un tiempo que el señor Efraín Bermúdez Martínez había cotizado para el seguro social, hoy Colpensiones y dejó causado un derecho a la pensión de vejez derecho que a su vez por la muerte que sufrió Efraín Bermúdez Martínez la justicia ordinaria laboral dejó sentado de que el derecho a la pensión de sobreviviente le correspondería a la señora Francisca Peña Gutiérrez, la cual aquí en el proceso también a través de los testimonios aquí recibidos y toda la documentada aportada con la demanda y la documental que está en la hoja de vida del señor Efraín Bermúdez Martínez se logró demostrar la convivencia de manera permanente pública ininterrumpida desde 1980 inclusive hasta la fecha del deceso en el año 1996, con la cual mi mandante tuvo un hijo, que como repito se llama Marlon Andrés Bermúdez Peña, entonces, por lo tanto considero que se reúnen los requisitos para que su despacho hubiese concedido la transmisión de la pensión, sanción en favor de mi mandante a partir de la de la fecha de la muerte, 16 de octubre de 1996 y además, conceder los intereses moratorios, subsidiariamente a esto, consideró de que realmente los fondos de pensiones están obligados a concederle a sus afiliados directos o a los causahabientes de estos los derechos pensionales, ya que para esto el estado prevé que si al regular los fondos de pensiones que se dedican solamente o tienen como objetivo primordial socorrer a los trabajadores para el riesgo pensional o en caso de su fallecimiento, socorrer a sus causahabientes, consideró de que el fondo pasivo social de los ferrocarriles nacionales de Colombia, que funge como fondo de pensiones que hoy le paga la pensión a más de 3 millares de personas acá en el país considero que realmente acá se reúnen los requisitos de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa prevista en el artículo 53 de la Constitución Política de nuestro país, en el sentido en que al fallecer el señor Efraín Bermúdez Martínez el 16 de octubre del año 1996, su derecho pensional de sobrevivientes se debe regir por la ley vigente al momento de su muerte, o sea, es decir, por la ley 100 de 1993 que en su artículo 46 47 y 74 preveían de que solamente con 26 semanas en el último año de servicio se hubiese podido consolidar un derecho pensional, que a su vez podía transmitirse a su núcleo familiar, en este caso su compañera permanente hoy mi mandante resulta que aquí, por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la Corte Suprema de Justicia ha prohijado la aplicación que en casos como este, en donde mi mandante consolida un total de 576.42 semanas que es equivalente a 11 años, dos meses, 15 días, ya que el tiempo de servicio y semanas se pueden hacer equivalentes de acuerdo a lo previsto en la ley 171 del año 1988, artículo séptimo, entonces tenemos así como conclusión de que realmente de que el mandante reunía un derecho a la pensión sobreviviente, ya que Efraín Bermúdez Martínez sí logró consolidar su antigüedad mucho mayor a 26 semanas y por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se hace necesario que se aplique por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial, la jurisprudencia que prohíba que en casos como este se aplique por razones de justicia y de equidad este principio constitucional, ya que realmente si solamente con 26 semanas en la ley 100 de 1993 se podía acceder a un derecho pensional de sobreviviente con mucha más razón, una persona como mi mandante en donde su consorte su compañero permanente consolido 576.42 semanas para el estado, entonces considero que realmente la entidad demandada es un fondo de pensiones como fondo de pensiones tiene que asumir un pasivo pensional y no se puede realmente confundir con el caso de que ya mi mandante no se puede enervar porque mi mandante ya ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión de vejez que construyó el Efraín Bermúdez Martínez con su cotización para Colpensiones o para el seguro social acá estamos hablando de la pensión que él construyó con su esfuerzo durante 11 años, 2 meses, 15 días y que al momento de su muerte en el año 1996, transmitió a su vez a su núcleo familiar, en este caso mi mandante por esto considero de que en la aplicación de los principios de la condición más beneficiosa ya debidamente aceptada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en el caso de aplicación de la ley 100 de 1993 que en casos como este, con mucha más semanas que 26 semanas como este caso, 576.42 semanas, la Corte Suprema de Justicia a prohijado y ha admitido la concesión de pensión de sobreviviente para casos como este, y por esto considero realmente ajustado a derecho que bien sea por la transmisión pensional de la pensión sanción prevista en el artículo 8 de la ley 171 de 1961 haberse dado los requisitos de que mi mandante ostentó hasta su momento de su retiro la calidad de trabajador oficial para la hoy extinta empresa ferrocarriles nacionales de Colombia, ya que como lo dije la excepción a la regla general prevista en el artículo 5 del decreto 3235 del 2018, no se probó en el expediente y, además, los operadores judiciales que dictaron sentencias sobre indemnizaciones en favor del hoy causante Efraín Bermúdez Martínez dieron por establecido de que realmente el causante ostento al momento de su retiro primero de abril del año 92 la calidad de trabajo oficial, por lo tanto, considero de que también se le aplica la ley del artículo octavo de la ley 171 del año

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia (i) que EFRAÍN ANTONIO BERMÚDEZ MARTÍNEZ (QEPD) laboró al servicio de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia entre el 11 de agosto de 1980 y el 1 de abril de 1992 (folio 56 del archivo 05 primera instancia); ii) que el último cargo desempeñado fue el de investigador I, iii) que fue retirado del servicio por la supresión del cargo (folio 56 del archivo 05 primera instancia); iv) que falleció el 16 de octubre de 1996 (folios 11 y 12 del archivo 01 primera instancia); v) que Colpensiones en cumplimiento a un fallo judicial reconoció a la demandante pensión de sobrevivientes desde el mes de mayo de 2001 por la muerte de EFRAÍN ANTONIO BERMÚDEZ MARTÍNEZ (archivo 26 y 27 primera instancia).

Por razones de método y congruencia a lo pretendido en la demanda y la fijación del litigio, y en consonancia con el recurso de apelación presentado por la parte demandante, el Tribunal definirá primero (i) si EFRAÍN ANTONIO BERMÚDEZ MARTÍNEZ dejó causada la pensión restringida de jubilación que contempla la Ley 171 de 1961 (pensión sanción), y de ser así, (ii) si la señora Francisca Peña Rodríguez cumple los requisitos para ser beneficiaria de dicha prestación.

i) PENSIÓN SANCIÓN. Para resolver esta parte de la controversia se debe precisar que la prestación reclamada (pensión sanción) se causa como una obligación a cargo del empleador cuando ocurre la *condición suspensiva* que la norma contempla para el efecto, y ésta es la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo o por despido, si para el momento en que ello ocurre

1961 y por haber fallecido antes de cumplir 60 años y por haberse dado el fenómeno de la habilitación de la edad, considero que se da uno de los requisitos para que mi mandante tenga la presión de sobreviviente, bien sea la prevista en el artículo 8 de la ley 171 del 1961 o artículo 12 de la ley 131 de 1961 y/o de manera subsidiaria, también considero que el mandante puede acceder a la pensión de sobreviviente prevista en el artículo 46, 47 y 74 de la ley 100 de 1993, ya que esta ley estaba vigente para el 16 de octubre del año 1996 y también considero que se le deben conceder los intereses moratorios también deprecados de la demanda inicial Gracias señor juez”.

se han prestado servicios por más de 10 o más de 15 años. Así lo dispone claramente la Ley 71 de 1961².

La edad en estas pensiones no una *condición suspensiva* de acceso a la prestación sino el *plazo* o término que las normas contemplan para el pago de las mesadas.

Por ello, nacido el derecho en la fecha de terminación del contrato de trabajo, no se puede ver afectado por las reformas legales ni por las enmiendas constitucionales que se hayan introducido al ordenamiento jurídico con posterioridad. Si se aplicasen normas posteriores, se estarían desconociendo *derechos adquiridos* en vigencias de las normas derogadas.

Con estos supuestos normativos y de interpretación el Tribunal no encuentra acreditados en el expediente los requisitos legales para causar la prestación en vida por EFRAÍN ANTONIO BERMÚDEZ MARTÍNEZ (QEPD), pues si bien el contrato de trabajo terminó por supresión del cargo, causa que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido desde tiempo pretérito y reiteradamente como una forma terminación *unilateral del empleador*, es decir un despido, en la medida en que su ocurrencia no es imputable al trabajador y de ello surge la obligación para el empleador de reparar todos los daños que se hayan ocasionado, entre ellos, la afectación a su expectativa pensional con el pago de la pensión restringida de jubilación o pensión sanción, si se ha completado el tiempo de servicios que las normas regulan para acceder a ella, NO se probaron los tiempos de servicio exigidos en la norma³.

² Por la fecha de causación de la prestación -30 de noviembre de 1993- no resultan aplicables las previsiones de la Ley 100 de 1993, en particular lo relacionado con la pensión sanción, esta normativa empezó a regir el 1 de abril de 1994.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de abril de 1997, radicado 9143, Magistrados Ponentes Dr. Francisco Escobar Henríquez, Dr. José Roberto Herrera Vergara: “En este orden de ideas, es necesario tener en cuenta que, en innumerables ocasiones, la Corte ha interpretado que cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que se opera, por decisión unilateral del empleador, con autorización legal distinta a la que establece las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. O sea, que no siempre la autorización legal para fenecer el contrato de trabajo, constituye justa causa de despido. En punto al tema tratado, la Corte desde el año de 1958, inició el desarrollo jurisprudencial tendiente a diferenciar lo que puede denominarse “despido legal”, del despido con justa causa, considerando que cuando el contrato de trabajo termina por decisión unilateral del empleador, legitimado por la ley, pero sin apoyo en una de las justas causas, es procedente la pensión sanción. Vale decir, que no porque la rescisión esté permitida legalmente, en todos los casos constituye justa causa”.

La carga de probar dicho tiempo la tenía el demandante por mandato del 167 del CGP que asigna a quien alega un supuesto de hecho del cual se deriven consecuencias jurídicas el deber de probarlo en el proceso.

Para el caso presente la demandante debía probar: que el contrato del causante terminó por decisión del empleador FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (lo que se demostró pues se retiró por supresión de cargo, el 1 de abril de 1992 (folio 74 y 75 del archivo 05 primera instancia), y (ii) que para esa fecha tenía más de 10 años de servicios y ostentaba la condición de trabajador oficial (con contrato de trabajo), hecho este último que no se acreditó, como lo dedujo el juzgado en la sentencia apelada que será confirmada.

Sobre la suma de tiempos como servidor oficial. al margen del tipo de vinculación, tuvo ocasión de pronunciarse la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del artículo 6º de la Ley 161 de 1961 que no contempla en su texto a los empleados públicos. Esto dijo la Corte: *“Los servidores públicos vinculados a través de la relación legal por el sistema de mérito o considerados de libre nombramiento y remoción de acuerdo con la ley, tienen un régimen laboral totalmente diferente al que existe para los trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual, y por consiguiente todo lo relacionado con el sistema de ingresos, permanencia, retiro y régimen prestacional no es el mismo. Ya se ha dicho por esta Corporación cómo el principio de igualdad de que trata el artículo 13 de la Carta Política, no puede aplicarse sino a situaciones idénticas (sentencia No. C-410 de 1994, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz). En el presente asunto no siendo idéntica la situación de unos trabajadores y otros, mal podría como se pretende en la demanda, que se otorgue el mismo trato a los empleados públicos regidos por relación legal y a los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, pues ello equivaldría a eliminar la forma de vinculación, permanencia y retiro de los mismos, no obstante, que como se ha dicho, el legislador puede establecer distintas clases de regímenes respecto de los trabajadores del Estado. Por consiguiente, el cargo no está llamado a prosperar. No obstante lo expresado, adicionalmente cabe advertir que tampoco resultan acertadas las*

apreciaciones que se hacen en la demanda, en el sentido de que la supresión de cargos y la remoción de los empleados de carrera afecta derechos de los servidores del Estado para los efectos del reconocimiento del tiempo servido, toda vez que en el evento de que estos sean retirados con violación de las normas superiores de derecho, pueden obtener a través de la acción laboral correspondiente que el tiempo durante el cual estuvieron cesantes a causa de la desvinculación ilegal se tenga en cuenta para los efectos prestacionales como la pensión de jubilación, la cesantía y los demás derechos inherentes de carácter laboral” (Sentencia C-664 de 1994).

En el expediente se probó con los documentos de folio 63 a 65 del archivo 5 que el causante sirvió como trabajador oficial 8 años 10 meses y 11 días, y que para la fecha de retiro ejecutaba una relación legal y reglamentaria (empleo público) y no contractual (trabajador oficial).

II) PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Aunque lo anterior sería suficiente para confirmar la decisión apelada, tampoco encuentra el Tribunal probados los requisitos para ser beneficiaria de la prestación, en la demandante.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, vigente en el momento en que se definió la situación jurídica objeto de estudio, dispuso que tienen derecho a la prestación la prestación, en forma vitalicia, la cónyuge o la compañera permanente supérstite afiliado o pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a dos años continuos antes del óbito⁴. Dicha preceptiva no hace distinción entre la calidad de afiliado y pensionado, así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, tal como se puede ver en las sentencias SL857-2021⁵ y SL3045-2022.

⁴ Expresión declarada exequible a través de la sentencia C-389 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ “De ahí que, tal como el Tribunal lo señaló, las disposiciones que rigen el asunto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 originales, que señalan como beneficiarios de la misma al grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido con los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de su muerte, y “b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte. El citado artículo 47 exigía a la cónyuge o compañera permanente, para ser beneficiaria de la prestación, una convivencia de 2 años con anterioridad a la muerte. En otras palabras, es la

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

En el caso presente de las pruebas allegadas no se deduce convivencia de la demandante con EFRAÍN BERMÚDEZ MARTÍNEZ (Q.E.P.D) dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

Si bien se allegaron tres declaraciones extra proceso las afirmaciones que allí se hacen fueron claramente desvirtuadas con los testimonios recibidos a los hijos del causante. YOLIMA ISABEL EUGUIS NÚÑEZ de manera espontánea y clara indicó que su padre no convivía con la demandante para al final de sus días (folio 32 archivo 01, folio 99 archivo 05, folio 97 archivo 05 primera instancia Audiencia del 03 de mayo de 2023 archivo 29 primera instancia).

En el mismo sentido los hijos del causante con otra persona: EFRAÍN DE JESÚS BERMÚDEZ DE LIMA y MADELEINE ANDREA BERMÚDEZ DE LIMA, fueron enfáticos, coherentes y coincidentes al indicar que conocen a la demandante pues tuvo una relación hace mucho tiempo con su padre (causante) y es la madre de su hermano mayor Marlon, pero que no tienen conocimiento de cuanto duró dicha relación, señalaron que al momento de la muerte de su padre este convivía con YOLIMA ISABEL EUGUIS NÚÑEZ, indicaron que el causante y FRANCISCA PEÑA RODRÍGUEZ se habían separado hace mucho tiempo e incluso después de ella -dijeron- convivió con MERLY DE LIMA MANJARREZ y por último con YOLIMA ISABEL EUGUIS NÚÑEZ quien es la madre de su hermano menor, que incluso los testigos vivieron con su padre y Yolima en la casa del barrio Bastidas en la ciudad de

efectiva cohabitación la que legitima el derecho de tales beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes."

Santa Marta y no se separaron en ningún momento, y que fue Yolima la que se hizo cargo de los gastos funerarios (Audiencia del 16 de junio de 2023 archivo 29 primera instancia).

Por la forma como se recibió la declaración rendida por BENJAMÍN ANTONIO REALES ÁLVAREZ quien indicó que conoce a la demandante desde el año 1985 porque cuando ingresó a los Ferrocarriles y presentó a la demandante como su compañera permanente, quedan dudas a la Sala pues para responder dos de las preguntas realizadas por el juez consultaba al abogado y no miraba la cámara, además se evidencian contradicciones en sus respuestas, por ejemplo el indicar que conoció a la demandante en el año 1985 y posteriormente indica que veía al causante con Francisca Peña en el año 1981, así mismo no se logra establecer un rango en tiempo real de las manifestaciones realizadas por el testigo pues en ningún momento indicó haberlos visitado en el hogar en el que podían haber convivido lo que excluiría conocimiento directo de tal hecho.

Por su parte, XIOMARA HERNÁNDEZ MURIEL indicó que conoce a la demandante porque fue su vecina desde el año 1985, pero nada dice sobre convivencia en la fecha de muerte (Audiencia del 03 de mayo de 2023 hora 1:53:16 archivo link incorporado en el acta de audiencia archivo 30 primera instancia); en igual sentido DORIS ELENA MAESTRE DOMÍNGUEZ refirió conocer a la demandante desde hace muchos años en el año 1981 en la ciudadela 29 de julio de la ciudad de Santa Marta, pero no da certeza sobre convivencia para la fecha de la muerte.

Si bien de las pruebas se pudiera entender o establecer algún tipo de relación de ellas no se obtiene certeza de que existiera cohabitación, o los lazos de solidaridad acompañamiento espiritual y ayuda mutua que caracterizan la integración de una familia entre el causante y la demandante y la existencia de una comunicad de vida estable y dependiente económicamente durante los 5 años inmediatamente anteriores a la muerte de la causante.

Tampoco hay lugar al estudio de la pensión de sobrevivientes conforme a la ley 797 de 2003 pues como se dijo en precedencia la demandante no satisface el requisito exigido por tal normatividad concerniente a la convivencia durante

los 5 años anteriores al fallecimiento del señor EFRAÍN BERMÚDEZ MARTÍNEZ.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE FLOR ALBA ROCHA CEPEDA CONTRA
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2023 por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FLOR ALBA ROCHA CEPEDA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de COLFONDOS, por falta al deber de información que impidió que se tomara una decisión libre, informada y voluntaria. En consecuencia, pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración, y a COLPENSIONES aceptarlos y

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

mantenerla afiliada sin solución de continuidad (ver demanda folios 02 a 29 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria. No se demuestra con las pruebas allegadas al plenario la configuración de una falla al deber de información en el acto de afiliación, ni tampoco alguna vulneración a la voluntad para tomar dicha decisión, pues la demandante se afilió por iniciativa propia en el RAIS. Además, no cumple con lo estipulado en el literal e) del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 para el traslado por encontrarse dentro de los diez años para adquirir la edad de pensión. Precisa que es contradictorio alegar la ineficacia del traslado por una omisión en el deber de información, cuando se demuestra el ánimo de permanencia en el RAIS al haber realizado cotizaciones por más de 20 años. Presentó como excepciones de mérito las de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia del derecho* (ver contestación folios 04 a 38 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria exigible para el momento del traslado, pues se le informó sobre las implicaciones, ventajas, desventajas, y diferencias entre uno u otro régimen pensional, el derecho de retracto, las modalidades de pensión y demás características propias del RAIS. Considera improcedente declarar la ineficacia del traslado, pues el afiliado tiene la obligación de informarse en calidad de consumidor financiero. La demandante no aporta prueba que dé cuenta de que el acto de traslado se hubiera realizado bajo algún vicio del consentimiento que lo haga nulo, contrario a ello, el formulario de afiliación contiene su firma, que implica una forma de aceptación libre y exenta de vicios.

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

No resulta razonable una indemnización ante la falta de norma legal que disponga dicha consecuencia, además no se demuestra un daño. No se debe ordenar la restitución de los gastos de administración y sumas de seguros previsionales, puesto son recursos a los que ya se les dio la destinación que por ley tienen y no están en poder del fondo demandado. Los rendimientos financieros no se deben retornar por cuanto se generan únicamente en el RAIS. Formuló las excepciones de fondo que denominó *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, inexistencia de perjuicios, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por nulidad del traslado, inexistencia de prueba de perjuicios, compensación y pago* (ver contestación folios 02 a 34, archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLFONDOS no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora FLOR ALBA ROCHA CEPEDA identificada con cédula de ciudadanía 30203719 de Barbosa Santander a la AFP COLFONDOS efectuada el 5 de octubre de 1999, con fecha de efectividad 1 de diciembre del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO. DECLARAR que para todos los efectos legales la señora FLOR*

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

ALBA ROCHA CEPEDA identificada con cédula de ciudadanía 30203719 nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO. ORDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar entre los 45 días siguiente a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado con todos sus frutos, intereses y conocimientos, y demás elementos que se hubieran causado sin lugar a descuento alguno de deterioro sufridos por el bien administrado, las primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de la 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 y el IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique. CUARTO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación de data 9 de noviembre de 1989, por lo que deberá incluido en la base de datos y sistema de información, historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante en el régimen de prima medida con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo. QUINTO. ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de las demás pretensiones formuladas en su contra por la demandante. SEXTO. DECLARAR no probaba la excepción de prescripción conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. El despacho se releva de las demás excepciones propuestas por las demandadas. SÉPTIMO. COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS entre las que deberán incluirse por concepto en agencias en derecho, la suma equivalente a 1.500.000 a favor de la demandante sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES. OCTAVO. Si no fuera apelado, consúltese con el superior.”. (Audiencia virtual, récord 1:17:41, archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de la DEMANDANTE pide que se revoque el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia, que absolvió a COLPENSIONES de la condena en costas. Argumenta que en virtud del artículo 365 del CGP las costas son a cargo de quién resulta vencido en juicio, como aconteció en el presente asunto.

En el recurso de COLFONDOS S.A. pide que se revoque la condena de devolver los gastos de administración y las primas de seguros previsionales. Afirma que estos recursos fueron administrados de manera correcta conforme las previsiones legales y con independencia del régimen pensional se habrían causado, por lo que solamente está obligada a restituir los aportes de la cuenta de ahorro individual. Indica que se debe exonerar de la condena en costas debido a que COLPENSIONES no tuvo ánimo conciliatorio¹ (Audiencia virtual, récord 1:23:20, archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “En ese orden de ideas, su Señoría, presento mi recurso de apelación dentro de la oportunidad procesal a efectos de que el superior jerárquico de la sala laboral del honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá se sirva a revocar la referida providencia bajo los siguientes argumentos, Su honorable despacho resolvió decretar la ineficacia de la afiliación, que efectuara (sic) ante el régimen de ahorro individual con solidaridad, y como consecuencia de ello se ordene su traslado o vínculo inicial, régimen de prima media con prestación definida. Sin embargo, es evidente determinar que la única motivación de la demandante es por su parte económica y no conoce los beneficios que tiene el RAIS. Por ende, resulta improcedente la declaratoria de la ineficacia de afiliación y adicionalmente se hace énfasis en la sentencia acababa de proferir a la devolución de gastos de administración debidamente indexados y a todos los conceptos que se generaren por su afiliación y tal como se manifestó en los alegatos de conclusión en el tema de los gastos de administración, esto es un mandato legal, su Señoría. En segundo lugar, por lo indicado por Colfondos, la demandante en la actualidad no tiene la suma de dinero suficiente en su cuenta de ahorro individual, porque lo que se genera esos gastos de administración es lograr multiplicar la cuenta individual de la demandante. En esta media no hay lugar a la devolución de gastos administrativos, así que debe de estimar que al afiliado no se le vea aceptado por el cobro de estos conceptos. Dado que se hubiera estado en el régimen de prima media, igual se hubiera causado el 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte. Por ende, debe anotarse que los gastos de administración devueltos no ingresan al Fondo común del régimen de Prima media, sino que son recibidos por Colpensiones y, por lo tanto, aumentan su patrimonio. Asimismo, en el tema de la póliza previsional es contratada por la AFP en beneficio y provecho de los afiliados, razón con la cual la entidad solo tiene un rol de intermediario. En consecuencia, la AFP recauda las primas de seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora y dichos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora. Así mismo, pues, solicito a los honorables magistrados se exonere en costas a mi defendida, tal como se manifestó también en los alegatos de conclusión, estamos supeditados a lo que Colpensiones disponga, y es que se ha manifestado a través de las diferentes audiencias que Colpensiones no propone ánimo conciliatorio en este tipo de procesos. Entonces, en ese orden de ideas, sustentado mis recursos de apelación, solicitándole pues a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de boca de Bogotá revoque la sentencia a distancia. Gracias Su Señoría, muchas gracias.”

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que el traslado de la demandante se dio con el cumplimiento de las normas vigentes para la época y no se pueden aplicar requisitos dispuestos en normas posteriores, tampoco se demostró en el proceso la existencia de una voluntad viciada al momento de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual, aspecto que se evidencia en el interrogatorio donde reconoce que se diligenció el formulario sin ningún tipo de coacción. Afirma que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional prevista en el Acto Legislativo 1 de 2005² (Audiencia virtual, récord 1:25:48, archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004,

² “Muchas gracias ya por el uso de la palabra, siendo este el momento procesal oportuno, me permito interponer el recurso apelación en el cual sustento la siguiente forma. Según lo expuesto en el proceso, no se dio por probado por la parte demandante la existencia de una voluntad viciada en el momento en el que se dio la escogencia del régimen por parte de la misma, por cuanto como se pudo observar en el interrogatorio de parte de la parte actora, no se vio coaccionada para el iniciar su formulario de afiliación, el cual se dio cumpliendo los requisitos legales de la época, Es por ello que en virtud de su libre escogencia permanece en el tiempo, se estructuró su prestación pensional de vejez en el régimen de ahorro individual. Y por último, pues al declararse de forma positiva las pretensiones de la parte demandante, estaría afectando directamente a los postulados del acto legislativo 01 del 2005, el cual adiciona la carta política del artículo 48, el principio de estabilidad económica del Estado, el cual pues está enfocado en mantener la seguridad estacional del mismo. Bajo estos breves aspectos, su Señoría dejo expuesto y sustentado el recurso apelación, muchas gracias.”

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 33³ años de edad y había cotizado 315,14⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 años, 2 meses y 17 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años para alcanzar la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 55 años de edad- ver folio 1 del archivo 02 del expediente digital).

³ Nació el 25 de febrero de 1966, folio 103 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, folio 132 archivo 01

⁵ *Ibidem*

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

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

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

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

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

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

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

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

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

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

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que realizaron una asesora grupal en el Ministerio de Agricultura, un asesor de COLFONDOS le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que los aportes que habían realizado se iban a perder, razón por la cual les convenía trasladarse a COLFONDOS. Dijo no haber sido informada sobre las características, ventajas, desventajas, riesgos y condiciones para pensionarse en uno u otro régimen, ni sobre cuestiones propias del RAIS, tampoco se le hizo una proyección pensional. Aclara que, si bien firmó el formulario de traslado de manera libre y voluntaria lo hizo por miedo a que se acabara el Instituto de Seguros Sociales (Audiencia virtual del 25 de enero de 2024).

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

Se resalta que, pese a que la demandante se encontraba afiliada a una CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL el traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y estableció que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley”*. Sobre la materia, también se debe señalar lo establecido en el Decreto 2527 de 2000, en el que se establece que las Cajas, Fondos o entidades públicas continuaran reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales, los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente*

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

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

indexados” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLFONDOS, y se impondrá condena en costas a cargo de COLPENSIONES, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con las entidades en el caso bajo estudio.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

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

RESUELVE

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

EXP. 18 2021 00569 01
Flor Alba Rocha Cepeda Contra Colpensiones y Otro.

- 3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 18 2023 00152 01
Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MAGDALENA MOTTA CAMPOS CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 12 de febrero de 2024 por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MAGDALENA MOTTA CAMPOS presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de PORVENIR en noviembre de 1997, *por sufrir engaño por parte de la AFP, pues bajo promesas fraudulentas y ofrecimientos de falsos beneficios, le persuadieron para realizar el traslado de régimen pensional y permanecer en el mismo*. En consecuencia, pide que ordene a PORVENIR a trasladar a los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados al RPM y se ordene a COLPENSIONES a recibirla

EXP. 18 2023 00152 01
Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

como afilada sin solución de continuidad (ver demanda folios 9 a 26 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria y la demandante ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen, la información que aduce no se brindó por parte de la administradora de pensiones se encuentra contenida en la ley 100 de 1993, norma de público conocimiento. Advierte que la demandante tenía la obligación, como consumidor financiero, de utilizar los mecanismos de divulgación de la AFP y adquirir conocimiento de manera autónoma frente al funcionamiento, condiciones y características de los regímenes pensionales. Propuso como excepciones perentorias las que denominó: *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 25 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que carecen de fundamento jurídico y fáctico puesto que no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia; el traslado fue consecuencia de una decisión de la demandante. Solicita el rechazo frente al traslado de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados toda vez que el acto jurídico de traslado fue válido y legal. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la ley 797 de 2003, ya que cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse. Formuló como excepciones las de *deber de información a cargo de las AFP- no hay retroactividad en la norma para exigir obligaciones no existentes en el momento de traslado, efectos de la ineficacia de un acto jurídico, restituciones mutuas, enriquecimiento sin causa si no se dan las restituciones mutuas, improcedencia de devolución de gastos de administración y prima del seguro previsional, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS,*

EXP. 18 2023 00152 01
Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

y la de *prescripción* (ver contestación folios 2 a 31 archivo 06, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de febrero de 2024 mediante el cual la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación que realizó la señora MAGDALENA MOTTA CAMPOS, identificada con cédula de ciudadanía 20.941.307 a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR), efectuada el 9 de diciembre del 97, con fecha efectiva primero de febrero del 98, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO. DECLARAR que para todos los efectos la señora MAGDALENA MOTTA CAMPOS, identificada con cédula de ciudadanía 20.941.307, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima medida con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO. ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a trasladar dentro de los 45 días siguiente de la ejecutoria de esta providencia a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, señora MAGDALENA MOTTA CAMPOS, identificada con cédula de ciudadanía, 20.941.307, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos, intereses con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieran causado sin lugar a descuento alguno, deterioros sufridos por el bien administrado, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros, provisionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de la Garantía*

EXP. 18 2023 00152 01
Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

de la pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, pues esto, desde la fecha del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad, debieron desde su nacimiento ineficaz, debieron ingresar a COLPENSIONES, por lo que al momento de cumplirse con esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detallado pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique, conforme se expone en la parte motiva de la presente decisión. CUARTO. ORDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación de data 8 de noviembre del 78, por lo que deberá incluir en la base de datos y sistema de información de la historia laboral, y demás información necesaria para la atención de su pensión a futuro de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentra ejecutoriada el presente fallo. QUINTO. DECLARAR no probada la excepción de prescripción conforme a las razones respuestas en la parte motiva de la presente providencia, el despacho se revela de los demás medios exceptivos propuestos por las demandas. SEXTO. Costas en esta instancia a cargo de la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, dentro de las que deberá incluirse por concepto de la Agencia del Derecho de la suma equivalente a un millón quinientos mil (\$1.500.000) pesos a cargo de dicho fondo y a favor de la demandante. Se condena en costas a cargo de COLPENSIONES. SÉPTIMO. Si no fuera apelado consúltase con el superior.” (Audiencia virtual, récord 1:20:18, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. pide que se revoque la condena de indexación, afirma que esta se compensa con los rendimientos, además los gastos de administración no han perdido el poder adquisitivo contrario a ello se incrementó el saldo con los rendimientos por lo que la orden impartida generaría un enriquecimiento sin justa causa favor de Colpensiones¹

¹ “Voy a interponer el recurso de apelación bajo el numeral 3 frente a la indexación. Apelo esta decisión frente a la indexación ordenada teniendo en cuenta que sería una doble condena contra mi representada porvenir, indicando que se acepta de manera voluntaria el traslado respetando el derecho de escogencia la parte demandante, reiterando que conforman las consideraciones del Tribunal de Cali en sentencia 146 del 9 de junio del 2023, en cuanto a la indexaciones la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que puede haberse generado en los emolumentos al retorno debido a la inflación en este caso, las sumas correspondientes de los gastos de administración no han perdido el poder adquisitivo

EXP. 18 2023 00152 01
Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

(Audiencia virtual, récord 1:23:05, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES afirma que no se probó que la voluntad de la demandante al momento del traslado estuviera viciada, pues no se vio coaccionada para diligenciar el formulario de afiliación, por el contrario, el traslado cumplió con las normas vigentes para la época, además, la demandante estructuró su prestación pensional en el RAIS. Señala que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado por lo que declarar el traslado la sostenibilidad financiera del sistema² (Audiencia virtual, récord 1:25:20, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

contrario a ello, estos gastos lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de lo individual de la parte actora y la condena de evolución de gastos administrativos de manera indexada generarían un enriquecimiento de su injusta causa a favor de Colpensiones más que la parte actora. Gracias su Señoría”

² *“Muchas gracias su Señoría por el uso de la palabra, siendo este el momento procesal oportuno, me permito interponer el recurso de apelación el cual sustento brevemente de la siguiente forma, su Señoría, según lo he expuesto en el proceso, no se dio por probado por parte de la parte demandante la existencia de una voluntad viciada en el momento en el que se dio la escogencia del régimen por parte de esta, por cuanto como se pudo observar en ese interrogatorio, la demandante no se vio coaccionada para diligenciar su formulario de afiliación del mismo, se dio pues, cumpliendo de los requisitos legales de la época es por ello que en virtud de su libre escogencia y permanece en el tiempo, se estructuró su prestación pensional de vejez en el régimen de ahorro individual ahora bien, su Señoría se debe recalcar que pues, de igual forma la demandante, pues recae sobre las limitaciones expuestas en la legislación colombiana para hacer efectivo su traslado en cualquier época. De igual forma, al declararse de forma positiva las pretensiones de la parte demandante, se estaría afectando directamente los postulados del acto legislativo 01 al 2005, que adiciona la carta política del artículo 48, por el cual tiene el principio de estabilidad económica del Estado y pues el cual está enfocado en tener la seguridad prestacional del mismo bajo estos breves argumentos, sus Señoría dejo expuesto el recurso apelación, muchas gracias”*

EXP. 18 2023 00152 01
Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 37³ años de edad y había cotizado 567,2⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 6 años 9 meses y 29 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda ya contaba con la edad mínima para adquirir el

³ Nació el 02 de noviembre de 1960, folio 27 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Porvenir folio 75 a 83 archivo 06.

⁵ Ibidem

EXP. 18 2023 00152 01
 Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

derecho a la pensión (tenía 62 años de edad- ver folio 27 del archivo 01 del expediente digital)

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

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

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

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

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

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

EXP. 18 2023 00152 01
Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

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

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

EXP. 18 2023 00152 01
Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que la empresa para la cual laboraba les informó que se debían trasladar a HORIZONTE, es fue cuando salió que el ISS se iba a acabar, el empleador les entregó el formulario y lo suscribieron. Afirma que al momento de afiliarse no le brindaron ninguna otra información (Audiencia virtual del 12 de febrero de 2024).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, frutos, intereses, rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por*

EXP. 18 2023 00152 01
Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues para la Corte, ambos conceptos deben ser devueltos.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

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

EXP. 18 2023 00152 01
Magdalena Motta Campos Contra Colpensiones y Otro.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE AIDA INÉS ARRIETA MUÑOZ CONTRA
OBRAS Y DISEÑOS S.A. Y OTROS.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 7 de julio de 2023, por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, cuyo expediente se recibió en el despacho el día 6 de octubre de 2023. En ella se CONDENÓ a OBRAS Y DISEÑOS S.A. LIQUIDADA a pagar salarios, prestaciones sociales y vacaciones, se declaró probada la excepción de compensación por el valor total de la condena anterior, y se ABSOLVIÓ a CODENSA S.A. ESP hoy ENEL S.A. ESP y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, AIDA INÉS ARRIETA MUÑOZ presentó demanda contra OBRAS Y DISEÑOS S.A. y CODENSA S.A. ESP, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que existió un contrato de trabajo con OBRAS Y DISEÑOS S.A. entre el 1 de abril de 2014 y el 7 de abril de 2017 que finalizó de mutuo acuerdo por la terminación de la obra o labor contratada, con último de \$988.000, y que su empleador está en mora de pagar salarios y prestaciones sociales. Pide que se declare la nulidad de la liquidación y del comprobante de pago firmado por las partes el 20 de abril de 2017 y se condene solidariamente a las demandadas a pagar la liquidación

final de prestaciones sociales y vacaciones junto con la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., o la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 1 de abril de 2014 suscribió contrato de trabajo con OBRAS Y DISEÑOS S.A. por duración de la obra o labor, el cual finalizó el 7 de abril de 2017 por mutuo acuerdo. Desempeñó el cargo de digitadora inicialmente y a partir del mes de abril de 2015 pasó al cargo de asistente administrativa con funciones de legalización de caja menor, recibir revisar y radicar cuentas de cobro, hacer llamados de atención y descargos al personal administrativo, entre otras. Indica que el contrato terminó por mutuo acuerdo, pero condicionado al pago de prestaciones sociales, por lo cual firmó la liquidación de prestaciones sociales y el comprobante de pago, pero la demandada le quedó debiendo 7 días de salarios del mes de abril de 2017, cesantías e intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones (folios 9 a 15 del archivo 01 primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada únicamente por CODENSA S.A. ESP a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones, especialmente a la que procura solidaridad con esa compañía, afirmando que no tuvo vínculo alguno con la demandante y no existió subordinación, reconoció una relación comercial con OBRAS Y DISEÑOS S.A. pero desconoce cómo ejecutó dicha empresa sus obligaciones, y aduce que en el giro ordinario de sus actividades nada tienen que ver con las funciones contratadas y desarrolladas por la demandante. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación pretendida, falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia del derecho prescripción, falta de causa y cobro de lo no debido, buena fe y limitación de responsabilidad, compensación y la genérica* (folios 128 y 129 del archivo 01, primera instancia).

Dentro del término de traslado, CODENSA S.A. E.S.P. llamó en garantía a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (folio 184 a 188 del archivo 01, primera instancia) el cual se admitió por auto del 25 de octubre de 2018 (folio 246 del archivo 01 primera instancia).

Enterada de la demanda, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. la contestó a través de apoderado judicial. Manifestó no constarle los hechos relacionados con la relación de trabajo, y frente al llamamiento aceptó los relativos a la suscripción, expedición y condiciones de la póliza. Se opuso a las pretensiones tanto de la demanda como del llamamiento, afirmando que el contrato de seguro establece de forma expresa las coberturas otorgadas por la aseguradora y está sujeto a los términos y condiciones consignadas en el clausulado. Propuso como excepciones: *“falta de competencia, pago y cobro de lo no debido, ausencia de cobertura del contrato de seguro de cumplimiento instrumentado en la póliza No. 2202314000159, ausencia de solidaridad laboral, prescripción laboral, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros y la genérica”* (folios 14 a 26, del archivo 10 primera instancia).

Por auto del 25 de octubre de 2018 se tuvo por no contestada la demanda por parte de OBRAS Y DISEÑOS S.A. (folio 246 del archivo 01 primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de julio de 2023, en la cual el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá reconoció el derecho de la demandante al pago de las prestaciones los salarios y las vacaciones pedidas en la demanda, pero declaró extinguidas dichas obligaciones y se abstuvo de estudiar la solidaridad. Para tomar su decisión concluyó, de las pruebas aportadas al expediente, que entre la demandante y OBRAS Y DISEÑOS S.A. existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada que terminó por terminación de la obra y que la demandante confesó en el interrogatorio de parte que la demandada le pagó salarios, cesantías, primas de servicios de manera completa, aunque lo hacía tarde, lo único que encontró adeudado fue un periodo de vacaciones, el salario de abril, y la liquidación de prestaciones sociales por pago el periodo transcurrido entre el 1 de enero y el 7 de abril de 2017, 7 días de salario del año 2017, vacaciones del 19 de enero de 2015 al 07 de abril de 2017, para un total de \$1.932.082. Negó las condenas porque la demandada principal allegó al proceso una constancia de consignación del 4 de diciembre de 2020, a la cuenta de la demandante, por

valor de \$1.946.526, con lo cual consideró saldadas las obligaciones reclamadas en la demanda.

La parte resolutive de la decisión tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora AIDA INES ARRIETA MUÑOZ identificada con la cédula 1018441355 y OBRAS Y DISEÑOS S.A líquida existo una relación laboral entre el primero de abril de 2014, el 7 de abril de 2017, devengando como último salario la suma de \$987.570 pesos, conforme la consideración de la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: SE CONDENA a obras y diseño, liquidar, reconocer y pagar en favor de la señora demandante las siguientes sumas de dinero por prima de servicios, \$288.497 pesos de cesantías \$288.297 pesos, interés sobre las cesantías \$9.528 pesos, compensación de vacaciones, \$1.095.928 pesos, salarios insolutos, más auxilio de transporte, \$249.832 pesos, total de la liquidación, \$1.932.082 pesos. TERCERO: DECLARAR probada la excepción de COMPENSACIÓN alegada por la parte demandada CODENSA S.A. ESP HOY ENEL S.A. ESP de conformidad con la parte motiva de la presente providencia. CUARTO: SE ABSUELVE a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: SE ABSUELVE a CODENSA S.A hoy ENEL S.A y MAPFRE SEGURO GENERAL DE COLOMBIA, S.A de las pretensiones incoadas. SEXTO: de las costas están a cargo, pues de la parte demandada OBRAS Y DISEÑOS S.A ya liquidada y sus dineros, que se tasan por la Secretaría del despacho. (Audiencia Virtual archivo 21, primera instancia, récord 24:40).*

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante afirma que el pago a la demandante no se realizó el día en que finalizó su relación laboral sino el 6 de diciembre de 2020, pues la beneficiaria de la obra y beneficiaria del servicio no canceló a OBRAS y DISEÑOS S.A. \$911.000.000 del contrato con la cual podía haber pagado. Aduce que el retardo sometió injustamente a la trabajadora a no contar con los recursos necesarios para su subsistencia mientras encontraba una nueva opción de trabajo, y que ENEL tenía todas las condiciones económicas para cancelar las acreencias laborales que reconoció

mediante conciliación, en la reconoció la deuda. Pide que se estudie la existencia de la solidaridad, considera al efecto que se debe establecer si hay injerencia o no del deudor solidario en el no pago oportuno de las prestaciones sociales reclamadas dentro del proceso, y que fue ENEL quien se benefició de los servicios y generó los perjuicios causados por la mora y por ello debe reparar e indemnizar¹ (Audiencia Virtual archivo 16, primera instancia, récord 42:27).

¹ *“muchas gracias su señoría de manera respetuosa, me permito formular el recurso de apelación en contra de la decisión, fundamentalmente en los siguientes argumentos el despacho ha considerado que pese a que están dados los presupuestos para declarar la existencia de la relación laboral y obviamente acreditado como está que el pago a la señora demandante no se le hizo el día que finalizó su relación de trabajo, sino que se hizo hasta el 6 de diciembre del año 2020, momento en el cual ingresó el pago realmente a su cuenta y se ha exonerado principalmente a la parte demandada, aduciendo que no está demostrada su buena fe y al no pronunciarse respecto a la solidaridad que ata a enel en ese entonces codensa con la relación de trabajo y con el perjuicio que sufrió la trabajadora se están vulnerando derechos de la trabajadora nótese que cuando terminó la relación de trabajo, la empresa demandada no logró pagar a su trabajadora porque la misma beneficiaria de la obra y solidaria en el servicio no le había cancelado \$911.000.000 de pesos, con lo cual ella pudo haber pagado sin haber incurrido demoras ni haber sometido injustamente a la trabajadora a las deficiencias de no contar con su con los recursos necesarios para su subsistencia mientras se encontraba una nueva opción de trabajo nótese que enel tenía todas las condiciones económicas para haber cancelado y haber pagado esas creencias laborales que reconoció mediante conciliación, documento que hace parte de este proceso donde está claro dentro de la conciliación que se hizo ante la superintendencia allí quedó consignado que ella reconoció esos \$911.000.000 de pesos y entre ese listado ella conocía de antemano desde el momento en que se enervó la pretensión desde el momento en que se negó la solicitud de conciliación que existía esa relación de trabajo en la cual no se habían pagado sus acreencias, es decir, aquí tenemos a una trabajadora damnificada, obviamente a quien no se le pagó de manera oportuna quien tenía derecho a una indemnización establecida por la ley para solventar el perjuicio que ella sufrió y que no se está reconociendo en este proceso nótese su señoría que no estudiar la solidaridad como se hizo en la sentencia y lo cual ruego a los magistrados del tribunal superior de Bogotá la sala laboral se sirvan estudiarla porque estudiar la solidaridad obviamente podemos decir que sí hay una injerencia directa del solidario en el no pago oportuno de las prestaciones sociales reclamadas dentro de este proceso laboral por la demandante, la demandante, cuando inició su proceso, había una ausencia total de pago en el curso de este proceso ya para el año 2020, para diciembre del año 2020, 2 años después del inicio del proceso, ella recibió su pago durante ese periodo en que ella no recibió su pago codensa tenía su dinero porque tampoco le había pagado a estructuras y diseños, es decir, que ella, como beneficiaria de la obra, fue la generadora de los perjuicios y obviamente es ella la que tiene que entrar a reparar y a indemnizar cómo establece el artículo el artículo 64 del código sustantivo del trabajo es decir, no podemos excluir simplemente porque la empresa ingresó en un déficit financiero porque no podía atender sus acreencias laborales porque realmente la beneficiaria del servicio enel fue la que causó esta circunstancia y no puede salir indemne y el trabajador perjudicado porque fue ella realmente quien sufrió el perjuicio esto obviamente desconoce las garantías fundamentales y mínimas de la trabajadora puso en riesgo su mínimo vital durante el periodo hasta que ella pudo solventarse hasta que recibió realmente entonces no se comparte la decisión en ese sentido por lo consiguiente, se solicita al honorable tribunal se revoque la sentencia, se estudie la solidaridad y se reconozca la indemnización moratoria en favor del aquí trabajadora, luego, puesto que resulta injusto que siendo enel la que provocó estas circunstancias, es más la que llevó a la liquidación a la empresa con la terminación del contrato, la que debió haber vigilado cuando terminó su relación de trabajo cuando terminó su relación comercial con la empresa aquí demandada*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo del 1 de abril de 2014 al 7 de abril de 2017, en virtud del cual la demandante se desempeñó como *digitadora* inicialmente, y en el cargo de *asistente administrativa* al terminar el contrato; ii) que el último salario devengado ascendió a \$987.570; y iii) que las prestaciones sociales, vacaciones y salarios a las cuales fue condenada la demandada fueron consignados en la cuenta de la demandante el día 4 de diciembre de 2020 y con ello se saldaron las obligaciones salariales y prestacionales objeto del proceso, salvo la sanción moratoria que contempla el artículo 65 del CST. Así lo concluyó la juez de primera instancia sin que frente a estas materias se hubiera propuesto apelación.

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS) propuesto por la demandante, el Tribunal debe definir: (i) si procede el pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.; y, en dado

principal, debió haberse cerciorado de que todos aquellos trabajadores que estaban vinculados para la prestación directa del contrato pues fueran debidamente indemnizados y no lo hizo esperó 2 años más o menos hasta que en el año 2019 concilió ante la superintendencia, reconociendo esos valores que adeudaba la empresa, es decir, que hay la mala fe, no es directa de quién es el empleador, pero es que nótese su señoría que aquí pareciese que y eso es lo que sale de las pruebas, salta a la vista que estamos frente a un verdadero empleador que termina siendo enel porque es de él de quien le devienen los recursos con los que realmente se le pagan a los trabajadores la empresa, obras y diseños termina liquidada por el simple hecho de haber culminado su relación contractual con enel es decir, que su único objetivo era desarrollar ese contrato finalizado ese contrato, necesariamente la empresa debió liquidar y debió terminar y incurrió en esa mora en consideración a que enel deliberadamente no pagó de manera oportuna esas creencias laborales, solo hasta que fue requerida judicialmente en la conciliación ante la superintendencia que terminó pagando y posteriormente en la misma audiencia de instrucción, así lo reconoció el apoderado, ellos accedieron y conocían que se debían estas obligaciones, entonces frente a ellos no se puede predicar esta buena fe no se puede decir que ellos obraron de manera adecuada y no se puede tampoco sancionar a la trabajadora que debió soportar obviamente, esos malos momentos en razón a el querer injustificado y deliberado de enel en ese orden de ideas, expongo y sustento mi recursos de apelación para que el honorable tribunal nos sirva despachar de manera favorable, revocando en ese sentido la sentencia. muchas gracias su señoría”.

caso, (ii) si procede la condena por responsabilidad solidaria contra de CODENSA S.A. E.S.P.

I) SANCIÓN MORATORIA: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 65 del CST impone al empleador, como sanción por la demora en el pago de los salarios y las prestaciones sociales debidos a sus trabajadores, un día de salario por cada día que transcurra desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta el pago efectivo de tales derechos. Sin embargo -así lo ha dicho reiteradamente la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia- la condena por *sanción moratoria* no procede de forma automática e inexorable, pues bien puede el empleador haber actuado con buena fe, y ello se deduce: (i) del entendimiento con motivos plausibles de no estar obligado a los pagos que se reclaman, o, (ii) de situaciones sobrevinientes por las cuales le resultaba imposible el pago oportuno de los derechos que se causaron en la relación de trabajo.

Esto último ocurre, a juicio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando una empresa se encuentra en situación de reorganización empresarial, o de liquidación, no solo por la finalidad que persiguen dichos procesos², sino también y fundamentalmente porque cuando tales trámites están en marcha el empleador pierde autonomía para administrar sus bienes y definir el orden de pago de las obligaciones que adeuda. En tales procesos el empleador solo conserva capacidad jurídica empresarial para los fines del concurso.

² Entre otras, sentencia del 10 de octubre de 2003 Radicación 20764, sentencia SL 2833-2017 del 1º de marzo de Radicación 53793. Dice la Corte: “Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley. Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática”.

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales el Tribunal modificará la decisión de primera instancia y dictará las condenas que corresponden por sanción moratoria, pues las sumas que pagó la demandada principal no saldaron las obligaciones surgidas en favor de la trabajadora por la sanción moratoria.

En efecto, quedó demostrado como lo aduce el recurrente, que el pago de los salarios y las prestaciones adeudados a la demandante se efectuó mediante consignación realizada el 4 de diciembre de 2020, y el contrato de trabajo había terminado desde el 8 de abril de 2017.

Como no se adujeron causas eximentes de responsabilidad por haber considerado la demandada que las obligaciones no se habían causado en su contra, pero sí se demostró que ella (la demandada) entró en proceso de liquidación por haber incumplido el acuerdo de reorganización (mediante Auto 2019-01-011582, folios 453 a 461 del archivo 01 primera instancia) el 17 de enero de 2019, el tribunal dictará condena al pago de la sanción moratoria por el tiempo transcurrido entre la terminación del contrato y la fecha referida, advirtiendo que, para acreditar buena fe no se pueden alegar situaciones de *crisis financiera* que *dificulten* los pagos, pues el trabajador por mandato legal no puede asumir los *riesgos y pérdidas* del empleador (artículo 28 del CST), lo que se debe probar en el proceso en tales casos es que las situaciones de crisis hicieron *imposible* el pago. Sobre esta materia, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- ha dicho que en situaciones de crisis financiera se debe demostrar, para acreditar buena fe, “*que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir sus obligaciones laborales (...) el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus*

*familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente*³.

Por lo anterior, se condenará a la sociedad empleadora demandada a pagar como indemnización (sanción) moratoria un día de salario por cada día transcurrido entre el 8 de abril de 2017 y el 18 de enero de 2019, fecha en que se despojó al empleador de su capacidad de pago por el proceso de liquidación, lo que arroja \$21.232.755 teniendo en cuenta un salario diario de \$32.919 y 645 días transcurridos (salario mensual de \$987.570).

ii) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: Para resolver esta otra parte de la controversia, el artículo 34 del CST asigna responsabilidad solidaria del contratante de una obra o beneficiario de un servicio frente a las obligaciones laborales que surgen entre el contratista y sus trabajadores (vinculados mediante un *contrato de trabajo*), salvo que lo contratado sean *labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio* -del contratante-

Como esta norma dispuso una regla general de responsabilidad solidaria para evitar que el empleador diluya artificiosamente en terceros las responsabilidades laborales que las normas legales asignan a su *empresa o negocio*, solo se puede eximir de dicha responsabilidad el contratante que demuestre fehacientemente dentro del proceso que se encuentra en la *excepción* que establece la norma, probando que el objeto del contrato civil comercial o administrativo comporta labores extrañas a las actividades *normales* (objeto social) de su *empresa o negocio*.

Con el anterior fundamento normativo y una vez revisado el material probatorio del expediente, el Tribunal declarará responsabilidad solidaria de CODENSA S.A.ESP, pues los documentos allegados al plenario dan muestra clara de que las labores contratadas con la sociedad empleadora, a cuya ejecución estuvo adscrita o asignada la demandante, forman parte de las actividades normales

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL845-2021 Rad. 83444 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

del objeto social que desarrolla CODENSA, entidad dedicada a la distribución y comercialización de energía eléctrica.

La norma señala claramente responsabilidad solidaria cuando las actividades contratadas y desarrolladas por el trabajador forman parte de las actividades que *normalmente* desarrolla el contratante como empresa o negocio (objeto social) y en el giro ordinario de las actividades que desarrolla CODENSA S.A. E.S.P. como *empresa o negocio*, está la prestación de servicios de *mantenimiento, obras, alumbrado público y atención de emergencia en redes de distribución de energía de Cundinamarca Zona Norte* que fueron las actividades que contrató con OBRAS Y DISEÑOS S.A., para cuyo cumplimiento prestó los servicios personales la demandante⁴.

En ese orden de ideas, se declarará responsabilidad solidaria CODENSA S.A. ESP frente a las obligaciones deducidas en contra del empleador OBRAS Y DISEÑOS S.A..

No se dictará condena en conta de la llamada en garantía (MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.) pues las condenas tienen origen en la sanción moratoria y la condición número 2 del clausulado general del contrato de seguro sobre el cual se soportó el llamamiento excluyó del amparo a las sanciones pecuniarias que tuviera que parar el amparado (cláusula 2.1); además la obligación que en esta sentencia se declara a cargo del empleador y solidariamente de CODENSA S.A. SAP surgió con posterioridad a la vigencia de la póliza (cláusula 2.5)⁵.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁴ Véase el “CONTRATO DE SUMINISTRO DE SERVICIOS No. 5600005855 CELEBRADO ENTRE LA EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. Y OBRAS Y DISEÑOS S.A.” de fecha 10 de febrero de 2014, en folios 134 a182 archivo 01 primera instancia.

⁵ La póliza ampara el pago de salarios prestaciones e indemnizaciones que se causen durante la relación de trabajo y la sanción moratoria surgió como obligación del empleador con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** los numerales SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO de la sentencia de primera instancia.
2. **CONDENAR** a la sociedad OBRAS Y DISEÑOS S.A. al pago de \$21.232.755, por la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.
3. **DECLARAR** la existencia de responsabilidad solidaria entre OBRAS Y DISEÑOS S.A. y CODENSA S.A. ESP respecto de la obligación señalada en el numeral anterior.
4. **ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.
5. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS HERNANDO ROJAS VANOY CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 28 de junio de 2023 por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS HERNANDO ROJAS VANOY presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración (ver demanda folios 01 a 50 del archivo 02 y subsanación folios 01 a 48 del archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que no se demuestra con las pruebas allegadas al plenario la configuración de algún vicio del consentimiento en el acto de afiliación de la demandante, ni tampoco alguna vulneración a la voluntad que se dio de manera libre en aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ni mucho menos se evidencia una falta al deber de información. De igual modo, afirma que en las solicitudes no se evidencia el ejercicio del derecho del protesto, y que el demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiario de la aplicación de la SU 062 de 2010. Señala que no cumple con lo estipulado en el literal e) del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por encontrarse dentro de los diez años para adquirir la edad de pensión. Presentó como excepciones de mérito las que el demandante denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la excepción genérica* (ver contestación folios 01 a 44 archivo 6 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen pensional que efectuó el demandante estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria para la época del traslado, por lo que no es viable exigir el cumplimiento de cargas informativas que no estaban vigentes en aquel entonces. Agrega que es improcedente declarar vicio del consentimiento en el acto de traslado que lo vuelva nulo, debido a que no hay pruebas que acrediten esa situación. Todo lo contrario, afirma que el demandante suscribió el formulario de vinculación de forma libre y voluntaria. Sostiene que no es viable que el demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse en los plazos legales y no lo hizo. Afirma también, que el demandante estaba en la posibilidad de informarse por sí mismo del acto jurídico de traslado pensional y de sus consecuencias y no lo hizo. Agrega que no le es posible restituir rendimientos financieros, gastos de administración y

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

demás gastos, en la medida en que se está favoreciendo al demandante por otorgarle beneficios propios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además de que dichos dineros se les dio la destinación que por ley se les asigna, por lo que ya no se encuentran dentro del patrimonio de la demandada. El demandante era plenamente capaz de diligenciar el formulario de traslado, y asegura que no todos los defectos de información son suficientes para generar la ineficacia del traslado, pues se requiere que esa omisión genere un daño claro, cierto y determinable en el afiliado, situación que no sucedió debido a que la afectación no está lo suficientemente determinada en el caso del demandante. Finalmente, formuló las excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 1 a 144, archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de junio de 2023 mediante la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado, señor LUIS HERNANDO ROJAS VANOY identificado con la Cédula número 19.466.409, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad que administra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A que se identifica con el NIT 800.144 69 realizado en diciembre de 2002 conforme lo considerado en la parte motiva pues de la sentencia. SEGUNDO. DECLARAR vinculado válidamente al demandante en el régimen de prima media, con prestación definida administrado por COLPENSIONES desde el 31 de enero del hasta la actualidad, como si nunca se hubiere traslado y por lo mismo siempre ha*

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

pertenecido en el régimen de prima media con prestación definida conforme lo he expuesto, pues en la parte motiva. TERCERO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido como motivo de la afiliación del aquí demandante, como son las cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros, previsionales de invalidez y sobreviviente y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y las comisiones, y sin descontar los gastos de administración con destino ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de la provincia. Sumas debidamente indexadas y COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas, aceptar el traslado. CUARTO. En el momento de cumplir esta orden, los conceptos que deben ser discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado, los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Por lo tanto, se le requiere a COLPENSIONES para que proceda una vez recibido actualizar su historia laboral del aquí demandante. QUINTO. ABSOLVER a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones ya expuestas. SEXTO. Se condena en costas a la AFP PORVENIR se ordena pues que sean tasadas por la Secretaría del despacho. SÉPTIMO, en caso de no ser apelada la presente decisión, el Juzgado va a remitir expediente al honorable del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que surta el grado jurisdiccional de consulta, pues queda en favor de COLPENSIONES, teniendo en cuenta pues su naturaleza.” (Audiencia virtual, récord 23:41, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. pide que se revoken las condenas impuestas en su contra por no considerar demostrados los supuestos de la ineficacia del traslado; en su criterio, el demandante realizó válidamente su traslado pensional de manera voluntaria, sin presiones y de manera informada, de conformidad con la normatividad vigente al momento del traslado, fecha en la cual no se exigían unas condiciones alegadas en la demanda y empleadas como fundamento de la sentencia de primera instancia. Alega también que el demandante debía cumplir con un mínimo de diligencia a la hora de informarse, pues las características, ventajas y desventajas del RAIS se

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

encontraban en la Ley 100 de 1993, por lo que se pudo validar en cualquier momento la información que le fue dada al momento de su traslado. Por último, alega que no se encuentra obligado a restituir los gastos de administración y sumas destinadas a seguros previsionales, pues ya se hizo uso de estos recursos de acuerdo a las previsiones legales. Pide que se revoque la condena de indexación pues esta se compensa con los rendimientos y los gastos administrativos no han perdido el poder adquisitivo, contrario a ello se incrementó el saldo con los rendimientos¹ (Audiencia virtual, récord 25:53, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias Señoría. A esta representación se permite radicar el recurso de apelación en contra de la sentencia a distancia solicitándola el honor al Tribunal Superior de la sala laboral se sirva a revocar la presente decisión y lo que corresponde a la declaratoria, ineficacia y la afiliación del actor al RAIS, así como las condenas interpuestas en contra de la AFP Porvenir conforme a las siguientes consideraciones. En primer lugar, debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable Corte Suprema, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del información, en efecto de existir una similitud en las condiciones fácticas en cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado a régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones informado y todo esto y conformidad con la normatividad vigente al momento del traslado, y en todo caso, debe aclararse que no se exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de instancia. Ahora bien, con independencia de la información entregada al momento del traslado por mi representada, las condiciones, las características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información entregada en el momento de su traslado y de igual manera y como todo consumidor financiero, el demandante debía actuar con mediana negligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que está adoptando. Con mayor razón, si los datos relevantes que le permitían precisar las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinados en normas de legal conocimiento. Asimismo, debe decirse que el actor de mi representada, que se llamaba juicio, ha sido siempre de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado al régimen pensional. Adicionalmente, y en relación con las condenas interpuestas a mi representada debe aclararse que la ineficacia o su efecto implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deberán corresponder a los que hubiera generado las reservas del ISS o Colpensiones, y no a los que se han venido generando en el régimen del cual se encuentra afiliado el demandante, pues no tiene sentido que si el traslado ante el RAIS no surgió ningún efecto ilegal, se obliga a remitir los rendimientos propios de este régimen. En caso contrario y por efecto de las restituciones mutuas, al trasladar frutos del régimen del cual se produjo que nunca existió la afiliación deberá reconocerse en consecuencia los gastos que se incurrió para administrar estos dineros que se sintetizan en la Comisión de Administración y los pagos de seguros previsionales. En ese mismo orden tampoco es procedente que la administradora restituir las sumas que se pagaron por conceptos de primos de seguros previsionales, como mencioné anteriormente, pues estas sumas ya no están en su poder, sino en poder de las compañías aseguradoras que se contrataron para la cobertura y pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requerían. Adicionalmente, se le solicita a los honorables magistrados revocar una decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de las condenas interpuestas en mi representada, en la medida que igualmente se dispuso el traslado de los rendimientos de capital que se encontrara en la cuenta individual del demandante. Ello es así, Pues bien, como lo ha venido planteando el honorable Tribunal Superior de Cali, en la sentencia 0182019473 se ha determinado que no es viable ordenar la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Es por todo lo anterior que sustentó mis recursos, su Señoría, gracias.”

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia y la condena en costas. Afirma que no se demostró por parte de la demandante que la afiliación al RAIS adoleciera de algún tipo de vicio del consentimiento, además el demandante no ejerció ningún tipo de retracto dentro de la oportunidad pertinente, ni tampoco solicitó información adicional estando en firme el traslado, sobre las dudas que pudiese llegar a tener sobre la desafiliación del régimen de prima media.² (Audiencia virtual, récord 29:53, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento*

² “Muchas gracias, señora juez, por directriz expresa de la entidad que represento, me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo proferido por este despacho, solicitando a los honorables magistrados que por favor revoquen la sentencia, por cuanto no le asiste derecho al demandante en sus pedimientos por cuanto el relato surtido por el mismo, no se logró demostrar con suficiencia lo ocurrido como base fáctica de lo reclamado. En el caso que nos ocupa, no se logró demostrar que la afiliación al RAIS favoreciera de algún tipo de vicio de consentimiento, pues no uso una, no hubo una presión palpable. Máxime cuando se afirmó que se comprendía la información que se estaba suministrando. Igualmente, una vez en firme el traslado al fondo privado, el demandante tuvo el tiempo suficiente para resolver cualquier duda y conocer aún más sobre los pormenores que implicaba la desafiliación del régimen de prima media y, por supuesto, la afiliación al RAIS y así solicitar su efectivo traslado a Colpensiones. Por ende, mi representada, anhela que las pretensiones de la parte actora no tengan ningún tipo de eco para el honorable tribunal y, por lo tanto, se modifique la condena impuesta. Muchas gracias, señoría.”

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 41³ años de edad y había cotizado 965⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 14 años, 5 meses y 29 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años para alcanzar la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 60 años de edad- ver folio 22 del archivo 01 del expediente digital).

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

³ Nació el 01 de enero de 1961, folio 9 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público folio 26 a 28 archivo 07

⁵ Ibidem

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

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

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

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

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

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

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

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

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

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

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

de parte que rindió la demandante. Allí dijo que realizaron una asesora individual donde el asesor de PORVENIR le aseguró que le convenía trasladarse al fondo privado porque le aseguraron que, si cotizaba por dos años más, no tendría que esperar a la edad de pensión del régimen público, sino que podría pensionarse anticipadamente y que la mesada pensional sería muy parecida en ambos regímenes. Afirma también que no le explicaron las diferencias, condiciones para pensionarse ni ventajas y desventajas entre uno u otro régimen (Audiencia virtual del 18 de mayo de 2023).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales, los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas

EXP. 19 2021 00343 01

Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

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

EXP. 19 2021 00343 01
Luis Hernando Rojas Vanoy Contra Colpensiones y Otro.

para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 19 2022 00318 01

Claudia Mariela Fernández Bocanegra Contra Colpensiones y Otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA MARIELA FERNÁNDEZ
BOCANEGRA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 6 de febrero de 2024 por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CLAUDIA MARIELA FERNÁNDEZ BOCANEGRA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de PORVENIR, por falta al deber de información, pues este generó un error que vició su consentimiento. En consecuencia, pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, y a COLPENSIONES aceptarlos y mantenerla afiliada sin solución de continuidad (ver demanda folios 01 a 24 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones. Indica que no se demuestra con las pruebas allegadas al plenario la falta del deber de información, ni la configuración de algún vicio del consentimiento en el acto de afiliación de la demandante, ni tampoco alguna vulneración a la voluntad, pues el traslado se dio de manera libre en aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. La demandante no cumple con lo estipulado en el literal e) del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por encontrarse dentro de los diez años para adquirir la edad de pensión, tampoco ejerció algún tipo de anotación o de protesto que permitiera dar a conocer su inconformidad. Presentó como excepciones de mérito las de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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, compensación, prescripción y caducidad de la acción, y la excepción genérica o innominada (ver contestación folios 01 a 40 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen pensional que efectuó la demandante estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, por lo que resulta improcedente declarar un error de derecho, aunado a que no se aporta prueba que dé cuenta de que el acto de traslado se hubiera realizado bajo algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse en los plazos legales y no lo hizo, además de estar inmersa dentro de la restricción contenida en el literal 3) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Agrega que la demandante realizó aportes de manera voluntaria y continua por más de 21 años, lo que denota su intención de permanecer en el RAIS. Formuló las excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación,*

EXP. 19 2022 00318 01

Claudia Mariela Fernández Bocanegra Contra Colpensiones y Otro.

restituciones mutuas y la excepción genérica (ver contestación folios 02 a 40, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de febrero de 2024 mediante la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado a la señora CLAUDIA MARIELA FERNÁNDEZ BOCANEGRA que se identifica con la célula número 51725612, del régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. identificada con el NIT 80014431-3 de fecha primero de febrero 2001, como lo considera la parte motiva de la decisión. SEGUNDO. DECLARAR válidamente vinculada a la demandante CLAUDIA MARIELA FERNÁNDEZ BOCANEGRA al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES desde el 4 de junio de 1986 hasta la actualidad, como si ella nunca se hubiere trasladado y siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida o conforme lo expuesto en la parte motiva. TERCERO. CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del aquí demandante, como son cotizaciones, aportes adicionales, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje adicional al Fondo de Garantía de pensión mínima, junto a los rendimientos financieros, incluidos los intereses de las comisiones y sin descontar los gastos de administración con destino a COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de providencia, sumas que deben ser debidamente indexadas y*

EXP. 19 2022 00318 01

Claudia Mariela Fernández Bocanegra Contra Colpensiones y Otro.

COLPENSIONES está obligado a recibir esas sumas y aceptar el traslado. CUARTO. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán ser discriminados con sus respectivos valores junto con los detalles pormenorizados de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante. Se le requiere entonces a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral del aquí demandante una vez reciba los recursos. QUINTO. ABSOLVER a las demandas de las mismas pretensiones incoadas en su contra por las razones ya expuestas. SEXTO. Se condenarán en costas a la demandada PORVENIR. Se ordena que sean tasadas por la Secretaría del juzgado. SÉPTIMO. Si no es apelada la presente decisión se remite el expediente al honorable del Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral, a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en este caso la naturaleza de COLPENSIONES y sus pretensiones.” (Audiencia virtual, récord 22:30, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., expone que al momento del traslado las únicas sumas que se deben retornar con los aportes y los rendimientos. Los gastos de administración y las primas de seguros previsionales tienen un origen legal y una destinación específica, además no financian la prestación. Frente a los dineros destinados a la garantía de pensión mínima solicita se autorice descontar lo ordenado de ese fondo. Pide que se revoque la condena de indexación pues esta se compensa con los rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta, además implicaría un enriquecimiento sin justa causa. Solicita que se revoque la condena en costas, pues ha gestionado la administración de los recursos de manera correcta y conforme las previsiones legales¹ (Audiencia virtual, récord 24:33, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias su Señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, interpongo el recurso de apelación en contra del fallo que se acaba de proferir, para que sea estudiado y resuelto por los honorables magistrados del Tribunal superior del distrito oficial de Bogotá, recurso que se interpone de manera parcial y el cual sustento en los siguientes términos. Quiero iniciar por solicitarle sus honorables magistrados que a la hora de proferir su sentencia y de resolver el recurso que se interpone, se tenga en cuenta lo que ha dispuesto el artículo 113, literal B de la ley 100 que establece cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen. Igualmente, y en ese mismo sentido, lo que señaló la Superintendencia Financiera mediante concepto del 17 de enero de 2020, en el que dispuso que en los casos en los que haya lugar a la declaratoria de nulidad de ineficacia de traslado, las únicas sumas que deberían retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de sumas diferentes a estas. Ya frente a las condenas en específico de las sumas o de los rubros mejor que se

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

ordenan trasladar, quiero iniciar frente a los gastos de administración, indicando que estos pues primero son un descuento que se realiza en virtud de una disposición legal, que además son montos que también se le hubiese descontado a la aquí demandante en caso de haber permanecido en el régimen de prima media, y que estos pues no están destinados a financiar la prestación de los afiliados, sino que le corresponden a la administradora como contraprestación de esa gestión que adelanta para incrementar el monto de la cuenta de ahorro individual, lo que quiere decir que no trasladar los mismos, pues en nada podría afectarle a la aquí demandante en el eventual monto de la mesada pensional que le pueda llegar a ser reconocida en el régimen de prima media. Adicionalmente, se estaría también causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones como quiera que se está beneficiando ya de unos rendimientos que se ordenaron trasladar con la presente sentencia, y además también de los gastos de administración como respecto de una administración, pues que nunca realizó, sino que fue realizada por mi representada. Frente a los seguros provisionales, valga recordar igualmente que también hacen parte o corresponden a un descuento legal que además ese descuento legal, pues esa misma norma dispone cuál es esa destinación que se le va a dar, y no es otra que el de consignarlo a una aseguradora que se encarga de cubrir los riesgos de invalidez y muerte, que si bien en el presente caso, pues no fue necesario afectar esas pólizas que se constituyeron con ese asegurador, como quiera que los riesgos que se cubren, pues no sucedieron en el presente caso, no es menos cierto que es un dinero que ya no se encuentra en el patrimonio de mi representada como quiera que se le dio la destinación que la ley dispone para ello. Por otra parte, frente a la devolución del Fondo de Garantía de pensión mínima, valga recordar que si bien representada hace el recaudo de este de este fondo o más bien de los recursos destinados a este fondo, esa es la única tarea o que tiene mi representada frente al mismo, ya que si bien lo administra, pues es un fondo que en ningún momento le reporta ningún tipo de utilidad ni de beneficio a mi representada, y que solo se puede hacer uso de este, pues en los casos en los que la ley lo dispone y con autorización de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Por lo cual le solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados que se autorice mi representada a realizar la evolución de esta suma no directamente de su patrimonio, como se está ordenando en la sentencia, sino descontándolo directamente de ese fondo como quiera que, pues igualmente en el presente caso no va a ser necesario utilizarlo en beneficio del aquí demandante en atención al traslado que se está ordenando en la presente sentencia, Por otra parte, y por último, frente a lo que tiene que ver con la indexación. Y valga recordar que esa figura jurídica lo que busca es contrarrestar la devaluación de la moneda en razón al transcurso del tiempo. Sin embargo, pues se debe tener en cuenta que en ese orden de ideas que dentro de las obligaciones que deben cumplir las administradoras se encuentra la de garantizar esa rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, por lo que es incompatible o excluyente que se ordene la indexación de cualquier suma, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual del aquí demandante, pues no se han visto afectados por la inflación, sino que por el contrario, le generan unos rendimientos muy superiores a los que le garantiza el régimen de prima media, por lo que, en caso de que los honorables magistrados consideren que sí se debe realizar el retorno de las sumas que se ordenan en la presente sentencia, le solicitó fijar aplicar la figura de la compensación frente a esas sumas y lo que tiene que ver con los rendimientos que se le generaron gracias a la administración del dinero que realizó mi representada, ya que ordenarle pues a mi representada que indexe cualquier suma de dinero es imponerle una doble sanción, porque los rendimientos financieros que obtuvo la aquí demandante gracias a la gestión que adelantó muy representada desde el momento de su vinculación, pues con creces, superan cualquier posible pérdida de poder adquisitivo que los dineros hayan podido tener en razón al transcurso del tiempo. En esos términos dejó sustentados mis recursos, solicitándole muy respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de distrito oficial de Bogotá que se revoque la sentencia en los puntos que fueron objeto del (inaudible). Muchas gracias, Señoría.”

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

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

EXP. 19 2022 00318 01

Claudia Mariela Fernández Bocanegra Contra Colpensiones y Otro.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 31² años de edad y había cotizado 393,86³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 1 año, 10 meses y 3 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada superaba la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad- ver folio 22 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

² Nació el 7 de julio de 1964, folio 27 archivo 01.

³ Ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público folio 90 a 94 archivo 05

⁴ Ibidem

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR (antes AFP COLPATRIA) no

EXP. 19 2022 00318 01

Claudia Mariela Fernández Bocanegra Contra Colpensiones y Otro.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que le informaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, razón por la cual debía trasladarse a Horizonte hoy Porvenir para no perder los aportes efectuados. Asegura que no se le dio ningún tipo de información clara y completa, ni se le informó acerca de las ventajas y desventajas de uno u otro régimen, ni respecto del derecho de retracto, ni sobre la restricción consagrada en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (Audiencia virtual del 6 de febrero de 2024).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, frutos e intereses

EXP. 19 2022 00318 01

Claudia Mariela Fernández Bocanegra Contra Colpensiones y Otro.

y bonos pensionales, los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Ante estas circunstancias, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio.

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

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

EXP. 19 2022 00318 01

Claudia Mariela Fernández Bocanegra Contra Colpensiones y Otro.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

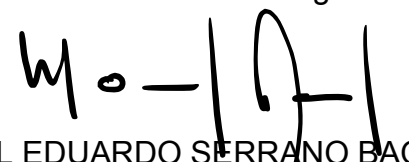
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp: 20 2021 00440 01

Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CARLOS ARTURO ÁVILA NIETO CONTRA
AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A., Y LA
CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para surtir el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra a la sentencia dictada el 5 de julio de 2023 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas, mediante las cuales se perseguía incluir sumas recibidas como viáticos por alojamiento como factor salarial, y la consecuente reliquidación de la pensión de jubilación.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CARLOS ARTURO ÁVILA NIETO presentó demanda contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A., y la CAJA DE AUXILIO Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene el reajuste de la pensión reconocida a su favor, incluyendo en la base salarial los viáticos que recibió en los montos que fueron calculados en el dictamen pericial que aportó, o los que resulten probados, desde la fecha de reconocimiento pensional. En subsidio, pide que se condene a AVIANCA S.A. a *actualizar, reportar y pagar* con destino a CAXDAC y a favor del demandante, el cálculo actuarial o *valor diferencial* que corresponde por concepto de factor salarial de viáticos de alojamiento, causados en el último año de servicio,

Exp: 20 2021 00440 01

Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

anterior al reconocimiento pensional y, en consecuencia, se condene a CAXDAC a reliquidar su pensión de forma retroactiva.

Como fundamento de lo pedido, afirma que se desempeñó como *Piloto A 330* entre el 11 de diciembre de 1978 y el 6 de junio de 2018, con una remuneración variable compuesta por los conceptos descritos en la cláusula 91 de la convención colectiva de trabajo, más otros rubros de *naturaleza salarial* como viáticos de *manutención*, los cuales le eran cancelados de manera permanente y según el tiempo de permanencia en el exterior y el destino al cual era enviado; sin embargo, dentro del salario no se incluyeron los viáticos por alojamiento. Indica que el 11 de diciembre de 2002 la CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC le reconoció pensión de jubilación en cuantía inicial de \$6.069.000, para cuyo cálculo se tomó como referencia el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios. Con posterioridad al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación continuó al servicio de AVIANCA S.A. y su retiro definitivo se produjo el 6 de junio de 2018. Indica que solicitó a AVIANCA la discriminación de su asignación salarial, itinerarios de vuelo, el valor de los costos asumidos por alojamiento y los contratos hoteleros suscritos por esa compañía, correspondientes al año anterior al reconocimiento pensional, frente a lo cual recibió una respuesta parcial porque no le certificaron los salarios ni el valor de lo cancelado por alojamiento, aduciendo que *no existía un control individualizado del uso de habitaciones*, tampoco se le entregó copia de los contratos hoteleros. Señala que acudió a un perito calculista quien cuantificó los viáticos por alojamiento con base en los convenios y contratos hoteleros suscritos por AVIANCA S.A. y que fueron aportados dentro de los expedientes 11001310500520140066000 y 1100131050005201464300. Sostiene que pernoctó en los hoteles que AVIANCA S.A. tenía contratados en los diferentes países en los que realizaba su operación de vuelo, que allí no se utilizaba un *sistema común de ingreso y salida*, sino un *general declaration* y unas listas o planillas de ingreso y salida que el hotel tenía previamente disponibles para la tripulación, y nunca se le entregó registro o factura por su estadía porque el pago lo realizaba directamente AVIANCA al establecimiento. Asevera que pertenece al régimen de transición de los aviadores civiles (ver demanda folios 2 a 40 archivo 01 y archivo 04 del expediente digital).

Exp: 20 2021 00440 01

Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por las demandadas a través de apoderado judicial.

La CAJA DE AUXILIO Y PRESTACIONES DE ACDAC – CAXDAC aceptó los hechos relativos al reconocimiento pensional, advirtiendo que este se hizo *sobre el tope máximo legal permitido por el parágrafo 3 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 en su texto original*, y la presentación de la *reclamación administrativa*. Los demás dijo no constarle. Se opuso a todas las pretensiones, tanto principales como subsidiarias, por tratarse de circunstancias fácticas que se circunscriben a la relación que existió entre el demandante y AVIANCA S.A. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, buena fe, prescripción, compensación, principio de legalidad en aplicación del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, a favor de CAXDAC* y genérica (folios 1 a 16 archivo 09 primera instancia).

AVIANCA S.A. aceptó los hechos relativos a la vinculación del demandante, su salario variable, el reconocimiento pensional y su continuidad con posterioridad al reconocimiento pensional. Los demás los negó. Se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que no hay mayor valor a reconocer por cuanto la pensión fue reconocida por CAXDAC en debida forma y teniendo en cuenta los aportes que efectuó con base en el salario devengado por el demandante, en el que incluyó los viáticos según la incidencia salarial que estos tenían. Adicionalmente, por cuanto los viáticos fueron reconocidos conforme lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo, de acuerdo con los criterios de tiempo y geografía, y la prestación se reconoció en el *tope máximo legal* aplicable al régimen de prima media administrado por CAXDAC. Como excepciones de fondo propuso las que denominó: *prescripción, pago, pensión reconocida con el tope legal aplicable a las pensiones de jubilación reconocidas por administradoras del régimen de prima media con prestación definida, como lo es CAXDAC, la naturaleza de los beneficios convencionales recibidos por el trabajador, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación* y la genérica o innominada (folios 1 a 18 archivo 10 primera instancia).

Exp: 20 2021 00440 01

Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de julio de 2023 por la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión el juez, con base la regla jurisprudencial fijada en la SL7883 de 2015, determinó que el demandante debió establecer de manera pormenorizada la relación que existe entre cada uno de los documentos que acreditan la existencia de los vuelos, la estancia en los hoteles y los costos que ello implicaba. Es decir, que le correspondía detallar con claridad y precisión cada uno de los viajes donde, de acuerdo con el itinerario a cumplir, se debía pernoctar y el valor que pagaba la demandada por cada noche en el hotel respectivo, carga probatoria que no se cumplió.

La parte resolutive de la providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las accionadas sociedades AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A, AVIANCA S.A y LA CAJA DE AUXILIO DE PRESTACIONES DE CAXDAC, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el Señor CARLOS ARTURO ÁVILA NIETO identificado con cédula de ciudadanía 19.264.740 conforme a las consideraciones de la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: COSTAS correrán a cargo de la parte demandante tásense por Secretaría fijando como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLV, cobrada cuota parte. TERCERO: De no ser apelada la presente sentencia remítase al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta teniendo en cuenta que fue adversa a los intereses y/o pretensiones del trabajador pensionado demandante”* (Audiencia virtual del 5 de agosto de 2023 – archivo 21 del expediente, Min. 36:20).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso del DEMANDANTE, el apoderado afirma que no podía el juez fundamentar su decisión en la regla jurisprudencial fijada en la SL-7883 de 2015 porque en ese caso la Corte analizó la distribución de las cargas probatorias y las consecuencias de su inobservancia a la luz del artículo 170 del C.P.C., que resulta ser una normatividad procesal diferente a la que rige actualmente. Indica que, pese a solicitarlo, nunca se le entregó el detalle de lo

que se pagó por su alojamiento, no se hizo uso de la inversión de la carga de la prueba, ni se decretaron pruebas de oficio pese a las facultades con las que contaba el juzgador y, en todo caso, aportó los contratos hoteleros, el representante legal confesó que asumió de manera directa el servicio de alojamiento, y no se demostró haber recibido reembolso alguno por estos viáticos. Por otra parte, indica, en síntesis, que la Corte en sentencia SL21123 del 2022 determinó que AVIANCA S.A. se encontraba en mejores posibilidades de probar y bajo esa línea debió invertirse la carga de la prueba para exigirle a esa sociedad y no al actor, demostrar el valor de los viáticos por alojamiento que pagó (Audiencia virtual del 5 de agosto de 2023 – archivo 21 Min 38:54¹)

¹ “Con fundamento en el recurso de apelación me permito interponer las razones por la cuales el Tribunal debe revocar de forma íntegra la sentencia que se acaba de emitir con fundamento en lo siguiente, básicamente la sentencia tiene dos fundamentos para alegar las pretensiones de la demanda la copia de la regla jurisprudencial establecida en la sentencia de 2015 específicamente SL7883 y posteriormente para derivar en que según esa regla que ahí se acentúa pues es carga del trabajador tener que demostrar lo que su empleador le pago a un tercero esa es la consecuencia que se le está imponiendo pues aquí al señor demandante demostrar lo que pago efectivamente el empleador a un tercero, entonces teniendo en cuenta que fue el derrotero hay que decir lo siguiente. Ese fallo donde se cita esa regla como si fuese o si se tratara de una regla jurídica donde pues se dice que se debe probar de una determinada forma un asunto no obstante el caso analizado en la sentencia SL-7883 del 2015 no dio una valoración transversal a las conclusiones fácticas probatorias no pueden ser tenidas en cuenta como insisto como una regla jurídica para fallar determinados casos los únicos que hacen jurisprudencia es la vía directa y análisis sobre las normas sustanciales de derecho pues hay que tener y tomar las siguientes precauciones frente a la cita de ese fallo en el que se estaba solicitando la inclusión de viáticos de alojamiento ese fue un fallo que tuvo su origen antes o su petición antes del año 2007 y como se extrae esa conclusión pues la sentencia en sus antecedentes dice que la sentencia de primera instancia fue emitida el 13 de mayo del 2007 por lo tanto fue un caso donde la corte analizo la distribución probatoria y las consecuencias probatorias a la luz de la regla establecida en el artículo 170 del código de procedimiento civil hoy cómo se presenta esta situación hoy se presenta esta situación incluso ya casi 10 años de emitido el código general del proceso sobre la vigencia del artículo 167 del código general del proceso que se pone en conocimiento que se pone de presente a la justicia, mire a mi jamás se me quiso especificar con fundamento 130 del artículo 2 del código sustantivo del trabajo cuánto fue que se pagó por mi alojamiento lo solicite al empleador pedí la inversión de la carga de la prueba no se decretaron pruebas de oficio no se hizo uso de las facultades del deber que tiene el juez laboral para simplemente entender de que todo era culpa del trabajador en este proceso obraban los contratos hoteleros que fueron citados únicamente para decir que existía una que otra cláusula concerniente al juicio pero no para determinar que había que tener al prestador directo de los servicios pago que se hacía entre otras cosas como una obligación que derivada de la convención colectiva del trabajo porque el empleador fue el que asumió de manera directa pago de los trabajadores y que lo confeso la aquí representante legal tampoco se dijo nada al respecto en la confesión se dio que sí que en efecto asumí el servicio de alojamiento entonces entendido que la regla por la cual se debió evaluar hoy en día este caso es decir la regla del artículo 167 del código general del proceso y en la que se reconoce aquí por parte del señor juez que la carga de la prueba pues la corte suprema de justicia ya tuvo oportunidad de pronunciarse de acuerdo a la las reglas actuales que permiten arropar este tipo de casos, eso concretamente ocurrió en la sentencia SL21123

Exp: 20 2021 00440 01

Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

del 22 de junio del 2022 dice la sala lo siguiente de los contratos celebrados entre AVIANCA S.A y diferentes cadenas hoteleras así como las traducción que no se encuentra en español la Sala encuentra que por regla general todos los servicios prestados por los hoteles eran facturados directamente a la aerolínea contratante importa destacar por ejemplo que en el celebrado por el de Chile se dispuso que el hotel emitiría pre factura tendientes por los servicios prestados a la tripulación con destino a la aerolínea para que a través de la dependencia encargada del control de interventoría del contrato verificara las diferencias entre el valor facturado y los servicios efectivamente prestados luego se debía pedir factura oficial con destino a la empresa contratante así mismo el establecimiento debía solicitar a los empleados de los contratantes que desearan registrarse que los acredite como tales o la orden de alojamiento procedida por el contratante el suscrito con el hotel Hilton del centro histórico de la ciudad de México contiene elementos similares al anterior además señala que el hotel debía facturar los servicios efectivamente distinguiendo entre auxiliares de vuelos y pilotos de igual manera dispone que AVIANCA S.A solo pagaría factura por servicios efectivamente prestados a sus tripulantes o colaboradores que hayan sido solicitados por su centro de negocios desde el acuerdo con el hotel ... sigue la misma regla junto con la presentación del carnet y orden de alojamiento para proceder al registro en el caso de los suscrito por los hoteles de Buenos Aires y Santiago de Chile se destaca que la factura por los servicios efectivamente prestados debían adjuntarse los soportes por servicios efectuado durante el respectivo periodo debidamente firmados y sellados por el hotel el huésped y el interventor contratante. De los documentos analizados es claro que el adquirente de los servicios de alojamiento era AVIANCA S.A de suerte que en materia de orden o solicitudes de habitación facturación y pago se trata de una relación bipartita hotel aerolínea de igual manera aflora evidente que AVIANCA se cuidó de diseñar los mecanismos para la verificación y control de los mismos servicios prestados lo cual iba desde las ordenes de alojamiento previas condiciones para la acreditación de los huéspedes incluso la firma de estos últimos con los soportes de servicio como prueba de uso de las instalaciones, en ese contexto luce abiertamente equivocado que a los ojos del Tribunal que el trabajador hubiera ocupado la habitación del hotel resultaba suficiente para entender que tuvo a su alcance la prueba del alojamiento el rol de la tripulación incluido el demandante era el simple uso de las instalaciones me detengo acá, acá se está exigiendo no solo como requisito adicional para la causación de viáticos que se demuestre la pernocta efectiva cómo se puede demostrar la pernocta efectiva como se puede imponer a la convención colectiva del trabajo un requisito adicional el viático se causa simplemente y de manera coetánea como se causaba el viático de manutención por el hecho de desplazarse de acudir a otra ciudad en esa ciudad pernocta por cuenta del empleador entre otras cosas porque la convención se aseguró no solo diciendo que se garantizaría la habitación individual o el reembolso de lo que se haya asumido por ella si no hay reembolsos en las relaciones salariales pruebas aportadas al proceso tampoco fueron ausentes en el juicio y la sentencia es decir en la valoración probatoria de la sentencia no se escucharon, no aparece un solo reembolso hecho al trabajador por tanto el servicio se prestó o se presume que el trabajador se quedó en la calle realmente el servicio se prestó ahora se está diciendo que se debía adicionar prueba específica de la pernocta como se puede llegar a semejante conclusión más allá de que los itinerarios pueden dar fe, el trabajador era el que asumía si hubo reembolsos o en especie se debe asumir frente a ese juicio que los trabajadores deben o que los viáticos de alojamiento son los que se causan si el trabajador se acuesta en la cama y al otro día amanece en ella o los de alojamiento se causan si el trabajador se gasta todas las cifras destinadas a manutención en alimentación, si está a dieta o no, si está en ayuno o no, o sea un trabajador no podría entonces ausentarse de un hotel porque inmediatamente pierde sus viáticos por alojamiento, el viático se causa se por quién de la asunción del servicio la dio AVIANCA y el hecho de que el trabajador no se le entregaran facturas perfectamente quedó escrito y confesado por la representante legal no le permitía probar en el proceso lo que se estaba exigiendo de manera superior, continua la corte de esta suerte así como lo afirma a lo largo del proceso el trabajador hizo uso de las condiciones contratadas por la empresa no existen elementos para que el juez colegiado le exigiera la documentación del hospedaje en una relación en la que era parte sino que su papel fue de

simple beneficiar a un usuario por el contrario como evidente que Avianca S.A. contaba con los mecanismos operativos, contables y administrativos para contrastar si el trabajador había pernoctado en el hotel así como para documentar tales hechos por vías contables requeridos para el pago por tanto si realmente quería esclarecer los hechos de controversia y el Tribunal no podía ignorar que bajo el escenario deslustrado la búsqueda de la información sobre la causación y valor de viáticos por alojamiento debió concentrarse en la empresa empleadora que no descargaran en el actor todos sus pesos de acreditación esta suerte la sentencia absolutoria por insuficiencia probatoria en los términos colegiados termino siendo un castigo desproporcionado desconocimiento de las facultades oficiosa en materia probatoria. Dice la Corte a la luz de esa doctrina en casos como el estudiado donde aflora evidente de manera el déficit probatorio de materia de las circunstancias que estaban a su alcance y se recibe razonablemente que el demandado estaba en condiciones de suministrar información válida valiosa y fundamental para resolver el fondo del litigio debe ser claro para el juez de instancia hacer una sentencia absolutoria sin mas no cumple ni satisface el propósito constitucional de proporcionar justicia material ese es el momento cuando cobra fuerza y sentido el uso de las facultades para decretar prueba de oficio antes de emitir fallos absolutorios y en la práctica se traduce en una reprochable e indeseable pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones aquí se reconoce que en efecto esos viáticos pues tienen incidencia salarial y que eso se concluye como una premisa dentro de las cuales se resolvió el objeto de litigio antes de entrar a las consecuentes correlativas apreciaciones del despacho que pues si es salario pero que correspondía probarlo al trabajador, pero como lo puede probarlo el trabajador si aquí se vino a informar más o menos la justicia ordinaria laboral que no se le entregaba nada que habían que habían que asumir ... los servicios de alojamientos directos que existían los contratos hoteleros las convenciones las confesiones, los testimonios de los compañeros que de manera coetánea también prestaron la misma función y daban fe que no tenían acceso a ninguna prueba y no obstante lo que se ayuda es a cerrar el acervo mas además causa extrañeza que los testigos dijeron que no se podía pernoctar en lugar diferente, al contrario los testigos fueron enfáticos en que no se podía pernoctar en un lugar diferente porque estaban a disposición de Avianca esos no eran días libres eran días en los que lo podían requerir para entender la operación máxime usted se encuentra en otro país entonces lo que aquí se advirtió severamente contra el trabajador es probar todo lo que Avianca le pago a un tercero y el parangón que se utiliza comparativamente es aplicar como si fuera una regla jurisprudencial lo que se dijo en una sentencia en la que se evaluó la carga de la prueba vigencia en artículo 170 del código del procedimiento civil continua la corte suprema al momento de desatar la instancia en este caso que acabo de referir con la sentencia SL 1193 del 2023 31 de mayo de este año diciendo lo siguiente la simple pero juiciosa lectura de la sentencia de primer grado permite entender que el juez singular tuvo claro que en procura de mayores eficiencias de administrar las operacionales la empresa bien podía abandonar esquemas que verificaran el traslado directo de recursos a los trabajadores para gastos de alojamiento y optar por la celebración de convenios con la red hotelera nacional e internacional sin embargo asentó que ese nuevo modelo no podía constituir para ese efecto reembolso para restar carácter salarial y viáticos cuando conforme la ley tuviera esa naturaleza desde luego la sala no puede estar más de acuerdo con ese planteamiento de la sentencia el ir y venir de eso o sea si los empleadores de aquí en adelante asumen estructuras empresariales comerciales en las que les paguen de manera directa los viáticos a los establecimientos hoteleros en cuanto a manutención y alojamiento y en eso no participen los trabajadores y no tengan acceso a la prueba los hace perder su derecho será que es culpa de los trabajadores que los pagos sean directos y que dentro de otras cosas como se reconoce acá no se invierta la carga de la prueba y se decreten pruebas de oficio para romper esa desigualdad que existe entre trabajadores y empleadores y asentar el marco jurídico constitucional actual por el cual se modificó el código de procedimiento civil se introdujo dentro del código general del proceso como acto revolucionario la ruptura de la concesión clásica de la prueba para encontrar que hay eventos en los cuales se deben invertir porque el otro está en mejores condiciones y el empleador no estaba en mejores condiciones para probar como lo hizo la corte estudie los contratos hoteleros el propio contratante del servicio de alojamiento

Exp: 20 2021 00440 01

Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

el que pagaba por el que tenía en su obligación si no pagaba reembolsarle a los trabajadores es decir todo está diseñado es para que el empleador se excuse bajo esa práctica como dice la corte como si tuviera patente y por lo tanto se librara de semejante de rubro y semejante naturaleza salarial que conlleva a asumir semejante costo entonces dice la corte continua ya ahora si lo que debió ser objeto de este análisis aquí no se menciona para nada el artículo 130 del código sustantivo del trabajo y de las obligaciones que el contiene sigue la corte siendo ella que el empleador empleara mecanismos para poder proporcionar a sus trabajadores no impedía se evaluara en sedes judiciales bajo el prima del artículo 130 del estatuto laboral a fin de discernir si se trataba de viáticos permanentes que en esa proporción se destinaba facilitar alojamiento o instituía salario como en efecto lo concluyo el juez singular con mayor razón si al margen de la forma empleada para suministrarlo el empleador está obligado a especificar el valor cancelado por cada rubro como numeral dos de dicha disposición está obligado a especificarlo o sea aquí no se especificó se reconoce que no se llevaba un control de la habitación y eso fue suficiente para excusar a el empleador de las cosas que le son derivadas y de la carga legal que le era derivada de la forma para nosotros absolverlo de todo lo que podría llegar hacer la reliquidación pensional los aportes a impuestos las cargas parafiscales por cuenta de una distribución de carga probatoria si no que sirve dentro de unas cosas para hacer más gravosa y desproporcional la situación para el trabajador como podría de verdad el trabajador acceder a una información de una relación laboral de la que no hace parte donde dice que los contratos hoteleros y la facturación fuese entre Avianca, los hoteles, y los trabajadores al contrario de la lectura de los contratos que estaban aportados al proceso se evidenciaba que los hoteles emitían las facturas con cargo directo a la compañía incluso con las ordenes de alojamiento de los trabajadores para proceder al pago como podría pensarse entonces que Avianca pagaba por los servicios de alojamiento sin tener certeza por quién y por cuantos trabajadores pagaba si no de manera general y generosa pagaba sin saber que estaba pagando continua la corte de igual manera como dejo sentando en resolver en sede extraordinaria lo que estaba al alcance del promotor del proceso folios 24 habida cuenta que su rol funcional se desplazaba regularmente fuera del país y por ello devengaba viáticos por manutención y alojamiento en razón precisamente de la existencia de convenios en cadenas hoteleras según la explicación que le suministro su empleador y como también lo advirtió la sala en decisión de segundo grado el empleador era el llamado a documentar lo asociado al pago de alojamientos del trabajador por ser el suscriptor de los convenios de los hoteles por ende en hallarse en mejores condiciones para disponer de mejores mecanismos operativos, contables y administrativos que permitieran constatar el uso de los hoteles por parte de sus trabajadores en condición natural para el pago de su servicios de hospedaje lo anterior aunando a que es el empleador el que está obligado a }especificar el valor cancelado por cada rubro que haga parte de los viáticos permanentes entre lo cancelado por alojamiento y manutención como lo es establecido en el numeral dos del artículo 130 del código sustantivo del trabajo nuevamente citado de esta suerte las deficiencias en el registro de la información obra en perjuicio de Avianca pero aquí las deficiencias en el registro de información cuando es deber especificar del empleador obraron fue en perjuicio del trabajador las cargas de las consecuencias de Avianca las asumió en este proceso el trabajador porque si esta empresa pretendía presentar un panorama distinto y poner en tela de juicio la información que obraba en el proceso y sobre la que se desarrolló en razonamiento del juez singular debió respaldar su planteamiento de defensa con la información requerida para ello lo que evidentemente no satisfizo tal panorama cambia con lo aportado en sede extraordinaria requerimiento de la Corte el ente demandado se limitó a suministrar registros de vuelo del actor que ya obraba en el proceso como el insistir que no le era posible determinar en qué hoteles se hospedó el señor Jorge Enrique Sandoval y llegar a sumas canceladas por concepto de hospedaje. Así mismo manifestó que había indagado con los hoteles contratados sin obtener respuesta que la compañía no tiene un control o registro de las pernoctas ejecutadas por el actor aclarando que no realizo rembolso alguno cuando este no utilizo el hospedaje que le fue otorgado ante tal respuestas evasivas no es posible pensar en la menor posibilidad en los argumentos de defensa del demandado pero claro cuando a mi la corte me corrió traslado de esa información se dejó evidenciar lo que se venía diciendo hace diez años estos procesos comenzaron

diciendo que ni siquiera existían contratos hoteleros la gente verbalmente asumía los servicios de hoteles donde se presumían servicios sin embargo ya la corte al hacer el requerimiento y al tener estas respuesta evasivas pues no le dio cabida al hecho de que yo no se no informó absolutamente nada y es premio a la conducta procesal de la parte ser eximida de un obligación procesal la sala insiste que además de documentarlo los pagos de viáticos permanentes constituyan una carga legal del empleador tercera vez que lo menciona este fue el suscriptor de los convenidos para los hoteles y trabajadores de suerte que no puede alegar a su favor las deficiencia omisiones que hubiera incurrido o tolerado en respectiva del cargue de información como gastos de hospedaje como comportamiento adquiere en mención aquí fue diferente pues las deficiencias de la información y las omisiones fueron ejecutivas en favor de quien debía especificar quien asumió el servicio con cargo directo en los derechos del trabajador y entre otras cosas pues la violación a esta regla ya decantada la que ha venido insistiendo no solo la corte suprema en estos últimos años no en el 2015 estos últimos años cuando ya se están conociendo procesos en los que solicitan de manera específica la inversión de la carga de la prueba si no lo que dice la Corte Constitucional antes de la sentencia SU-129 del 2021 no es una facultad es un deber como lo advirtió la Corte Constitucional incluso casi a modo de regañó diciendo que constatado en derecho no pueden los jueces so pretexto de que se pueda emitir como en este caso que hubo un fallo con efectos pues excusarse la obligación de entrar al fondo del asunto si quiera para corroborar si es verdad lo que está diciendo o no el trabajador y emitir sentencia inhibitorias que como lo dice la Corte en el fallo también proferido contra Avianca terminaban siendo una carga desproporcional a los trabajadores así las cosas queda claro que para la aerolínea demandada no aportó lo que acredito razones serias y fundadas para poner en duda la solidez precisión y fundamentación de la prueba pericial así como la idoneidad del perito en los términos del artículo 232 del código general del proceso y menos aún para desvirtuar las alegaciones del juez singular de lo concerniente a lo viáticos permanente con alojamiento al trabajador agota no queda más que confirmar la sentencia de primer grado. Acá también se constituye el dictamen pericial y se dice que se parte de indicios el perito fue claro en dar tres metodologías la primera noche pernoctadas con itinerarios de vuelos con tarifas extraídas de los contratos hoteleros en la otra utilizando la radiografía que la misma demandada dio diciendo que cuando no existía tal mantenía el valor a lo mucho de lo que podía dejar en discusión era las tarifas de los contratos próximos a conocer es decir esa no fueron presunciones ni indicios ni mucho menos presunciones acerca del dictamen y esa metodología fue entonces también aceptada por el tribunal en ese entonces con la sentencia 21003 del 12 de diciembre del 2022 magistrada ponente doctora Lucia Murillo Varón en la que se dijo en ese orden de ideas se encuentra que se dieron desplazamientos ordenador por el empleador tal y como se desprende de los itinerarios aportados fraccionada también se encuentra que los elementos se encontraban relacionados con las funciones propias del cargo que en varias ocasiones diferentes al domicilio contractual no se tuvo en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales cumpliendo la demandada con la carga de la prueba que le competía por lo que hay lugar a confirmar el fallo que se dijo sobre las valoraciones específica de los dictámenes periciales que es una conclusión similar la que se saca en este fallo judicial tercero si bien el apoderado de la parte demandante señala que el informe presentado por el perito no genera certeza y conocimiento de los datos que hacen parte de este dictamen lo cierto es que revisados los documentos aportados al proceso sobre los que se basa el informe pericial se encuentra que el dictamen se construyó sobre los diferentes documentos emitidos por la demandada entre ellos las comunicaciones sobre los hoteles la respuesta a los itinerarios viáticos y desprendibles de nómina de tal manera que al ser documentos emitidos por la demandada y que no fueron desconocidos en el trámite del proceso y ser valorados bajo los criterios del artículo 60 y 61 del código procesal del trabajo y la seguridad social se llega a la conclusión que la actora permutó en diferentes ciudades a la del domicilio de la prestación del servicio que el pago del alojamiento en ellas no se tuvo en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales e indemnización los documentos aquí todos fueron aportados por Avianca ninguno lo aportó de manera adversa el trabajador se extraen los valores y se demuestran como lo dice la regla y lo demuestra el doctor Parra Quijano que aportó al proceso

Exp: 20 2021 00440 01

Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de discusión que CARLOS ARTURO ÁVILA NIETO trabajó para AVIANCA S.A. desde el 11 de diciembre de 1978 (folio 479 archivo 06 primera instancia), y que le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC a partir del 11 de diciembre de 2002 en cuantía inicial de \$6.069.417 correspondiente al 75% del salario promedio

como una valoración exacta la cual se solicitó que se tuviera en cuenta como alegatos de parte simplemente es un arreglo de inferencia lógica será que un trabajador que no aporte el pago en una de las ciudades más costosas del mundo aproximadamente con cinco o seis vuelos al mes noches por pernóctar casi que diez asume de manera directa su propio alojamiento y no obstante habiendo razón de no pasar una factura para el pago aquí en una jurisdicción laboral que por automatización se debía igualar la carga y derivar por lo menos las consecuencias en el empleador se conocer cómo era que se prestaba el servicio pues aquí se reconoció en la sentencia insisto que no se quiso invertir la carga de la prueba cómo podía entonces el trabajador romper y lo que define la sala de casación civil, la corte constitucional y la sala de casación laboral en última instancia esos actos de proeza para definir semejante información que se pretendiera que hiciera el trabajador debería analizar la situación sobre los lineamientos y pensamientos actuales sobre el artículo 167 del código general del proceso la sentencia no podía girar en este rumbo las pretensiones del ad quo no podían llegar a tener este rumbo la corte lo dijo hace 20 días a quien le corresponde especificar es que en el margen de todo de una manera transversal no solo para el tema de Avianca si no para una manera transversal ese el llamado que se hacen cuando esos proceso continúen llegando a la corte suprema de justicia será que de una manera transversal todo trabajador debía copiar esa información o si no los viáticos se acabaron en Colombia porque si el empleador los paga directo y no se especifican y es que el legislador fue cuidadoso en esa anotación debe especificarse y no es si quiere debe especificarse si no cumple con las obligaciones de ley pues tiene unas consecuencias entre otras cosas como lo dice el doctor Jairo Parra en el concepto que se acopia es que las consecuencias del dictamen que usted no desvirtúa porque esto no tuvo una desvirtuación técnica de ninguna clase por ejemplo yo no pague eso pague esto hacen probar con grado de certeza lo que está diciendo la contraparte es que es el empleador al que se le impuso es obligación especial de especificar no lo hace y por eso termina excusado entonces el llamado para cuando esto sea avalado en sede de casación no será otro cómo es posible 30 años de emitida la constitución y las personas no tienen derecho al acceso a la prueba de que sirvió la inversión de la carga de la prueba cómo es posible que esto quede abordado de manera tan aplastante por parte de la compañía en un artículo proteccionista de los derechos de los trabajadores como se podría llegar los avances que insisto que se acaban de dar se sigue manteniendo el pensamiento del artículo 170 del código de procedimiento civil en ese sentido el llamado es sobre la nueva línea sobre las estructuración que se da a la carga de la prueba el avance y que jamás podrá averiguar para acceder a la prueba si es que está en poder de quien no la quiere desahogar y tan claro fue de que no quiso desahogar que durante toda la relación laboral y esto estaba en los desprendibles de nómina jamás le quiso especificar al trabajador lo que se pagó por alojamiento eso lo dice la Corte no pude constituirse en una patente de costo para restar el carácter salarial pero aquí si funciona se constituyó una parte para excusarse de la obligación de reconocer el salario el llamado simplemente para que no se permita el derogue de la norma y se revoque en integridad la sentencia en ese sentido y reservándome el derecho para cuando se dé la oportunidad para algar al tribunal hacer las adiciones a que haya lugar”

Exp: 20 2021 00440 01

Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

mensual devengado en el último año de servicio que ascendió a \$8.092.556 (folio 280 archivo 06). Tampoco se discute que, luego de pensionado, el demandante continuó laborando para la demandada AVIANCA S.A., relación que se extendió hasta el 5 de junio de 2018 (folios 286 a 319 y 479 ibídem)

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66 A del C.P.T y la S.S.) el Tribunal debe definir si procede la reliquidación de la pensión del demandante, como consecuencia de la inclusión del factor salarial de viáticos por alojamiento.

Para obtener una decisión favorable a sus pretensiones y dado que los viáticos de carácter permanente que reciben los aviadores por alojamiento en hoteles durante la ejecución de sus funciones, tienen naturaleza salarial (así lo tiene definido claramente la jurisprudencia)², el demandante tenía la carga de relacionar y demostrar de forma específica los días en los que pernoctó en el exterior por cuenta de la demandada y el precio del alojamiento de cada noche, pues solo con tales datos se podría obtener el valor recibido a título de viáticos para verificar si fueron o no incluidos por la demandada de la base salarial de la pensión que les fue reconocida.

Tal carga no se cumplió.

En un caso similar al que se define, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al analizar si las pruebas aportadas a un expediente permitían deducir *“el itinerario, la factura del hotel y el listado de hoteles y tarifas”* advirtió que el demandante debía: *“(…) establecer de manera pormenorizada la relación que existe entre cada uno de los documentos que en su entender contienen los vuelos realizados, los hoteles donde presuntamente pernoctó y el valor de las tarifas; es decir, [DICE LA CORTE] le correspondía detallar con definitiva claridad y precisión cada uno de los viajes donde, de acuerdo con el itinerario a cumplir, debía pernoctar y el valor que pagaba la demandada por cada noche en el hotel respectivo”³.*

² Sentencias de fechas: 5 de febrero de 2009 radicación 34192 MP LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ, y 18 de febrero de 2015 radicación 44576 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, entre otras.

³ Sentencia dictada el 18 de febrero de 2015 radicación 44576 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Exp: 20 2021 00440 01

Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

Si bien se aportaron al expediente los itinerarios de vuelo del demandante (folios 419 a 427, archivo 06), no se allegó prueba de que hubiese pernoctado en el lugar de destino, ni de la duración de la estancia en cada ciudad.

Adicional a ello se debe tener en cuenta que en una misma ciudad Avianca tenía contratos con varios hoteles, como se informó en la comunicación que se allegó como prueba con la demanda, allí se plasmó “*estamos remitiendo copias simples del listado de los hoteles aprobado por el comité de compras y contratos de los años 1995 a 1999 y que se relacionan a continuación: (...) Francia: Hotel Mercure Roissy, Hotel Hilton Roissy, Hotel Hyatt Roissy. (...)*” (ver página 281 y 282 del archivo 06 primera instancia), circunstancias que impiden determinar el valor recibido a título de viáticos por alojamiento.

Nótese que el valor a probar para obtener una condena era una diferencia entre los viáticos que demostró pagados la demandada y los viáticos que se dicen causados en la demanda, pues al momento de liquidar la mesada que reconoció ACDAX-CAXDAC al demandante, se incluyeron sumas por viáticos. Así lo reconoció el promotor de la litis desde la demanda.

Como la carga de probar los hechos que dan lugar a las pretensiones de una demanda judicial la tiene quien los alega, según lo dispone el artículo 167 del CGP, y dicha carga no se cumplió, no procedían las condenas que solicitó la demanda.

No sobra advertir que la sentencia SL2123 de 2022 dictada por una Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual funda el apoderado su apelación sobre la carga dinámica de la prueba, que en la oportunidad procesal pertinente el juez no dispuso una modificación a las reglas generales en materia probatoria. Pero de todas formas se debe recordar que frente a hechos que el demandado niega que hayan ocurrido -como haber pernoctado el trabajador en días adicionales o diferentes a los que ya reconoció el empleador como viáticos con carácter salarial- tal regla del ordenamiento jurídico *colombiano* resulta inane e inaplicable, por tratarse de hechos que tampoco podría probar la parte a quien se le asigne la carga.

Exp: 20 2021 00440 01

Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

Frente al peritaje aportado al proceso por la parte demandante (archivo 19, primera instancia) se debe precisar que esta prueba está reservada en nuestro ordenamiento jurídico a los asuntos que exijan un conocimiento técnico o científico que no tenga el juez, y ciertamente no se requieren conocimientos diferentes a las ciencias jurídicas para que el juez pueda decidir si un pago determinado tiene o no carácter salarial.

El peritaje no sustituye la obligación que tienen las partes de aportar las pruebas que sean pertinentes y necesarias para decidir la controversia judicial, menos aun cuando se ha elaborado con base en indicios que no arrojan certeza sobre lo pretendido, como ocurrió con el peritaje aportado. En el caso presente y según lo declararon los testigos traídos a juicio CLAUDIA PATRICIA PANQUEVA y RAMIRO ELVERTO ARDILA ARIZA (audiencia virtual del 15 de junio de 2023, archivo 18 del expediente digital), era posible realizar vuelos nocturnos sin necesidad de pernoctar, porque iban y regresaban en la misma noche y, además, podía ocurrir que no se hospedaran en el hotel que habitualmente lo hacían por la capacidad del mismo, por lo que debían esperar la instrucción de Avianca para determinar en cuál debían quedarse, de lo cual se infiere que podría ser o no alguno de los hoteles con los que sostenía un convenio previo. Si se hubieran probado los hechos pertinentes para resolver la controversia (*los días en que el demandante pernoctó en el exterior, el hotel en el cual se alojó por cuenta de la demandada y el precio de alojamiento en dicho hotel*), bien hubiera podido el funcionario judicial tasar las condenas, sin la necesidad de peritaje alguno.

La decisión adoptada en primera instancia, que el Tribunal confirmará, hace improcedente ordenar el pago a cargo de AVIANCA y a favor de la demandada CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC del cálculo actuarial pretendido.

Por el resultado del recurso las COSTAS de segunda instancia corren a cargo de la parte demandante.

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

Exp: 20 2021 00440 01

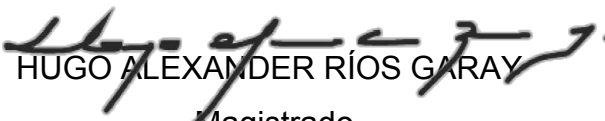
Carlos Arturo Ávila Nieto contra Avianca S.A. y la Caja de Auxilios y De Prestaciones de ACDAC – CAXDAC.

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada
SALVO VOTO

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE AIDA PEDROZO MORA CONTRA FULLER
MANTENIMIENTO S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL Y CLÍNICA JOSÉ A.
RIVAS S.A.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2023 por el Juez Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a FULLER MANTENIMIENTO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL a pagar salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías, y ABSOLVIÓ a la IPS CLÍNICA JOSÉ A RIVAS de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, AIDA PEDROZO MORA presentó demanda contra FULLER MANTENIMIENTO S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y la CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que con FULLER MANTENIMIENTO existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada entre el 14 de septiembre de 2017 y el 16 de febrero de 2019, y que su empleador está en mora de pagar salarios y prestaciones sociales. En consecuencia, pide que se condene solidariamente a las demandadas a pagarle los salarios del 1 al 16 de febrero de 2019, las cesantías e intereses a las cesantías, las vacaciones causadas

en vigencia del vínculo laboral, y la prima de servicios del 2019, junto con la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de las cesantías, y la sanción por no pago de intereses a las cesantías, y la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., o la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 14 de septiembre de 2017 suscribió con FULLER MANTENIMIENTO S.A. contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, para desempeñar el cargo de *aseador general y/o hospitalario*, devengando un salario mínimo legal mensual vigente más el auxilio de transporte. Asegura que sus servicios los prestó en las instalaciones de la IPS CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS S.A. ubicada en la carrera 19 No. 100 – 28, en virtud del contrato de prestación de servicios que existía entre esa entidad y FULLER MANTENIMIENTO S.A. para el aseo general y hospitalario del primero. Indica que el 16 de febrero de 2019 presentó carta de renuncia a su empleo, fecha para la cual FULLER MANTENIMIENTO le adeudaba cesantías, intereses a las cesantías, salarios de la última quincena, prima de servicios y vacaciones (folios 1 a 16, archivo 01 primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada únicamente por la IPS CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS S.A. a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones, especialmente a aquella que procura la declaración de responsabilidad solidaria. Aduce que no ha tenido vínculo alguno con la demandante ni ejerció subordinación, reconoce que tuvo una relación con FULLER MANTENIMIENTO S.A.S. contrato que desconoce con que personas o cómo se ejecutó. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad solidaria laboral, cobro de lo no debido, inexistencia de la relación laboral, prescripción, convención extintiva, innominada o genérica y defecto legal* (archivo 07, primera instancia).

Por auto del 27 de julio de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de FULLER MANTENIMIENTO S.A.S. (archivo 06, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de septiembre de 2023, en la cual el Juzgado 47 Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a FULLER MANTENIMIENTO S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL a pagar a favor de la demandante las prestaciones, salarios y vacaciones pedidas en la demanda, junto con las sanciones por no consignación de las cesantías y moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T a razón de un día de salario por cada día de retardo por los primeros 24 meses e intereses moratorios a partir del mes 25. Absolvió a la IPS CLÍNICA JOSÉ A RIVAS de todas las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión concluyó, de las pruebas aportadas al expediente, que entre la demandante y FULLER MANTENIMIENTO S.A.S. existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada que terminó por renuncia de la demandante, y como no se acreditó el pago de las acreencias reclamadas en el escrito de demanda, procedía la condena por los valores insolutos, incluso las sanciones moratoria y por no consignación de las cesantías. Negó la declaración de responsabilidad solidaria, por no encontrar configurados los supuestos del artículo 34 del C.S.T., específicamente porque las labores desarrolladas por la trabajadora eran extrañas al objeto del contratista.

La parte resolutive de la decisión tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada FULLER MANTENIMIENTO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL a pagar a la demandante AIDA PEDROZO MORA los siguientes conceptos: salario \$493.412, prima de servicios \$118.213, auxilio de cesantías \$1.231.643, intereses a las cesantías \$114.849 y vacaciones \$590.033. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FULLER MANTENIMIENTO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL a pagar a la demandante AIDA PEDROZO MORA la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en la suma de \$27.603 pesos diarios a partir del 17 de febrero de 2019 y hasta por 24 meses. A partir del mes 25, deberá pagar intereses sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios y prestaciones sociales. TERCERO: CONDENAR a la demandada FULLER MANTENIMIENTO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL a pagar a la demandante AIDA PEDROZO MORA la suma de \$18.227.508 por concepto de la sanción por no consignación de cesantías. CUARTO: ABSOLVER a la*

IPS CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a FULLER MANTENIMIENTO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV” (Audiencia Virtual archivo 16, primera instancia, récord 40:55).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante afirma que por tratarse de una trabajadora que devengaba el salario mínimo, la sanción moratoria debió ordenarse a razón de un salario diario hasta la fecha de pago de las prestaciones adeudadas, en los términos del artículo 65 del C.S.T. Además, que procede la responsabilidad solidaria con la CLÍNICA JOSÉ A RIVAS pues aunque la actora no prestaba servicios médicos, se trata de una persona necesaria para desarrollar el objeto social de la IPS, por el servicio de limpieza hospitalaria que realizaba (Audiencia Virtual archivo 16, primera instancia, récord 42:27).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo del 14 de septiembre de 2017 al 16 de febrero de 2019, en virtud del cual la demandante devengó un salario mínimo mensual vigente y se desempeñó como *aseador general*, (ii) que la demandada adeuda a la demandante salarios, prestaciones sociales y vacaciones, y (iii) que la omisión del empleador en el pago de las acreencias adeudadas a la trabajadora no estuvo revestida de buena fe. A estas conclusiones arribó la sentencia apelada y sobre ellas no se propuso controversia en segunda instancia.

En consonancia con el recurso de apelación propuesto por la demandante, el Tribunal debe definir: (i) cómo se debe liquidar la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., y (ii) si procede o no la condena por responsabilidad solidaria en contra de la CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS S.A.

I) SANCIÓN MORATORIA: Para resolver esta materia, se debe señalar que una vez se declara la existencia de la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos, el pago del salario y las prestaciones sociales que se causaron, y en caso de que tales derechos no hayan sido pagados a la terminación del contrato, surgirá además la obligación para el empleador de reconocer al trabajador, a título de indemnización o sanción moratoria (artículo 65 del CST), una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, cuando se trate de trabajadores que devenguen un salario mínimo mensual vigente o menos (inciso primero de la norma).

Con este fundamento normativo, y dado que se concluyó en la sentencia de primera instancia que el último salario de la demandante fue el mínimo mensual vigente, procedía la condena en la forma que reclama el recurso. En consecuencia el Tribunal modificará la sentencia de primera instancia para disponer que el pago de la sanción moratoria con base en el inciso primero del artículo 65 del CST, a partir del 17 de febrero de 2019, a razón de un salario diario de \$27.603,86 por el tiempo que transcurra hasta cuando la demandada pague los salarios y prestaciones sociales aquí definidos en favor de la demandante.

La sanción moratoria en la forma dispuesta por el juez *a quo* (un salario diario por los primeros 24 meses e intereses moratorios a partir del mes 25) aplica para trabajadores que devenguen más del salario mínimo (artículo 29 de la Ley 789 de 2002).

II) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: Para resolver esta otra parte de la controversia, el artículo 34 del CST asigna responsabilidad solidaria del contratante de una obra o beneficiario de un servicio frente a las obligaciones laborales que surgen entre el contratista y sus trabajadores (vinculados mediante un *contrato de trabajo*), salvo que lo contratado sean *labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio* -del contratante-

Como esta norma dispuso una regla general de responsabilidad solidaria, para evitar que el empleador diluya artificiosamente en terceros las responsabilidades laborales que las normas legales asignan a su *empresa o negocio*, solo se puede eximir de dicha responsabilidad el contratante que demuestre fehacientemente dentro del proceso que se encuentra en la *excepción* que establece la norma, probando que el objeto del contrato civil comercial o administrativo comporta labores extrañas a las actividades normales (objeto social) de su *empresa o negocio*.

Con el anterior fundamento normativo y una vez revisado el material probatorio del expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto negó la declaración de responsabilidad solidaria frente a la IPS CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS por las obligaciones laborales a cargo de FULLER MANTENIMIENTO S.A., pues los documentos allegados al plenario dan muestra clara de que las labores ejecutadas por la demandante (aseo y limpieza) no forman parte de las actividades normales del objeto social de la clínica contratante, *empresa o negocio* dirigido a *fomentar la investigación científica y la docencia en medicina general y específicamente en el área de otorrinolaringología y cirugía estética, y la prestación de servicios de salud* (folio 31 archivo 01, primera instancia). La norma señala claramente responsabilidad solidaria cuando las actividades que desarrolla el trabajador forman parte de las actividades que *normalmente* desarrolla el contratante como empresa o negocio (objeto social), y en el giro ordinario de las actividades que desarrolla una clínica, como *empresa o negocio*, no está la prestación de servicios de limpieza, sino la prestación de servicios de salud.

En ese orden de ideas, como se dijo, no es posible declarar solidaridad alguna frente a las obligaciones a cargo de FULLER MANTENIMIENTO S.A.S EN LIQUIDACIÓN, y no proceden las condenas por las sumas reconocidas a la demandante por prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones moratorias, en contra de la IPS CLÍNICA JOSÉ A. RIVAS.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de CONDENAR al pago de la indemnización moratoria a razón de \$27.603,86 por cada día que transcurra desde el 17 de febrero de 2019 hasta cuando se realice el pago efectivo de los salarios y las prestaciones sociales adeudadas.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 23 2023 00349 01
Santiago Pulecio Bravo contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE SANTIAGO PULECIO BRAVO CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 26 de febrero de 2024 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, SANTIAGO PULECIO BRAVO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado en diciembre de 1994 a través de la AFP PROTECCIÓN, por haberse efectuado *sin recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las consecuencias de la afiliación, induciéndole en error*. En consecuencia, pide que se condene a PROTECCIÓN a trasladar los aportes que recibió con motivo de la afiliación junto con los intereses, rendimientos, saldos de la cuenta individual y sumas adicionales de la aseguradora sin descontar los gastos de administración (ver

EXP. 23 2023 00349 01
Santiago Pulecio Bravo contra Colpensiones y otros.

demanda folios 01 a 17 archivo 01 del expediente digital, así como su subsanación folios 03 a 17 archivo 04 del expediente digital trámite de primera instancia).

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

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones que la involucran, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante a ese fondo, por tratarse de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata en el formulario de afiliación suscrito en forma libre y espontánea, con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y generó derechos y obligaciones por cumplir con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *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, innominadas o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.* (ver contestación folios 3 a 25 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado se realizó en virtud del derecho a la libre escogencia contenida en el literal e) de la ley 100 de 1993, con el cumplimiento de los requisitos que para la época se exigían. Considera que las manifestaciones del demandante no sirven para demostrar un vicio del consentimiento que hiciera nulo o ineficaz el acto jurídico de afiliación a la AFP del RAIS; además, la información que aduce no se brindó por parte de la administradora de pensiones se encuentra contenida en la ley 100 de 1993, norma de público conocimiento. Advierte que el demandante tenía la obligación, como

EXP. 23 2023 00349 01
Santiago Pulecio Bravo contra Colpensiones y otros.

consumidor financiero, de utilizar los mecanismos de divulgación de la AFP y adquirir conocimiento de manera autónoma frente al funcionamiento, condiciones y características de los regímenes pensionales. Propuso como excepciones perentorias las que tituló *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe*, inexistencia del derecho y la innominada o genérica (ver contestación folios 3 a 25 archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de febrero de 2024 mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o el traslado del señor demandante, SANTIAGO PULECIO BRAVO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por esta AFP PROTECCIÓN conforme a lo considerado. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a devolver a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con ocasión a la afiliación del señor demandante de dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno. Siguiendo línea jurisprudencial, se ordena la devolución de gastos de administración, seguros previsionales, invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, estos tres conceptos, debidamente indexados y con cargo a recursos propios. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a SANTIAGO PULECIO BRAVO en*

EXP. 23 2023 00349 01
Santiago Pulecio Bravo contra Colpensiones y otros.

el régimen de prima media, con prestación definida como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen, e igualmente a corregir su historia laboral conforme las semanas efectivamente cotizadas en el régimen de ahorro individual. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: SE ORDENA la consulta de la presente sentencia.” (Audiencia virtual, récord 23:34, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSULTA

Como la sentencia fue desfavorable a COLPENSIONES y no fue apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (artículo 69 del CPT y SS) que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

EXP. 23 2023 00349 01

Santiago Pulecio Bravo contra Colpensiones y otros.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 25¹ años de edad y había cotizado 240.14² semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años, 9 meses y 5 días)³, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 55 años de edad- ver folios 37 y 38 del archivo 09 del expediente digital).

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

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

¹ Nació el 27 de julio de 1968, folio 37 y 38 archivo 09.

² Ver historia laboral de Oficina de Bonos Pensionales expedida por Protección folios 41 y 42 archivo 09

³ Ibidem

EXP. 23 2023 00349 01
Santiago Pulecio Bravo contra Colpensiones y otros.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴, ⁵. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

EXP. 23 2023 00349 01
Santiago Pulecio Bravo contra Colpensiones y otros.

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que en la agencia de publicidad donde trabajaba para la época del traslado, de manera masiva les indicaron

EXP. 23 2023 00349 01
Santiago Pulecio Bravo contra Colpensiones y otros.

que cambiarían de régimen pensional. Recibieron información básica pero no recuerda los detalles, luego procedieron a firmar el formulario de afiliación. No obtuvo información sobre las diferencias, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 26 de febrero de 2024 min 06:12).

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

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

EXP. 23 2023 00349 01
Santiago Pulecio Bravo contra Colpensiones y otros.

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

SIN COSTAS en la consulta.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ÁLVARO ERNESTO MONROY CANCINO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para estudiar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a su favor la sentencia proferida el 31 de agosto de 2023 por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá que ordenó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, y declaró probada parcialmente la prescripción.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ÁLVARO ERNESTO MONROY CANCINO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, le sean reconocidos los intereses moratorios del pago a herederos, que estima generados por la mora injustificada en el reconocimiento de la pensión de su cónyuge fallecida ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD).

Como fundamento de sus pretensiones afirma que ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD) cumplió 55 años de edad el 27 de julio de 2007, por lo que 30 de julio siguiente solicitó el reconocimiento de la pensión

de vejez ante el extinto ISS, momento para el cual ya contaba con la edad y las semanas requeridas para acceder a la prestación. Mediante resolución 94 del 2 de enero de 2008 del ISS fue negada la prestación, y el 18 de mayo de 2012 solicitó nuevamente el reconocimiento de su prestación. Informa que la causante falleció el 25 de enero de 2014, sin que para ese momento le hubiera sido pagada la pensión. COLPENSIONES mediante resolución GNR 275332 del 4 de agosto de 2014 le reconoció la pensión de vejez a la causante a partir del 18 de mayo de 2008, en resolución GNR 275332 fue reconocida la pensión de sobrevivientes al demandante, frente a las mesadas causadas entre el 27 de julio de 2007 y hasta el 25 de enero de 2014 e indicó la administradora que se trataba de un pago a herederos. Asegura que solicitó ante COLPENSIONES el 30 de marzo de 2015 el pago a herederos y el 13 de diciembre de 2016 petitionó el pago de los intereses moratorios, luego mediante resolución DNP_5758 de 2017 fue ordenado el pago a herederos, pero no se ordenó el pago de los intereses moratorios (ver demanda archivo 03, reforma demanda archivo 12 y subsanación demanda archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El conocimiento del presente asunto inicialmente fue asignado al Juzgado 40 Civil Circuito de esta ciudad, quien mediante auto de fecha 06 de marzo de 2018 ordenó su remisión por falta de competencia a los Juzgados Laborales. Por reparto fue asignado al Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, quien luego de subsanada la admitió por auto del 14 de agosto de 2018 (ver archivo 16).

Notificada de la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la prestación fue reconocida en tiempo y ha sido pagada cumplidamente desde su inclusión en nómina de pensionados, por lo que no existe la mora endilgada a la entidad. En su defensa propuso las excepciones de *falta de causa para pedir, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 14 del archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante proveído de 25 de junio de 2019, se dispuso integrar el litisconsorcio con SARITA MONROY DELGADILLO (ARCHIVO 26, primera instancia), quien por intermedio de apoderado judicial presentó escrito de contestación y manifestó adherirse a todas y cada una de las pretensiones en su calidad de hija de ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD) y ÁLVARO ERNESTO MONROY CANCINO (archivo 31, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de agosto de 2023, a través de la cual la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD) los intereses moratorios a partir del 07 de diciembre de 2013 y hasta el 31 de julio de 2014 y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción. Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que no se configura la cosa juzgada en relación con el proceso que cursó en el Juzgado Décimo Municipal Laboral de Pequeñas Causas, pues a pesar que existe identidad de partes, el objeto de controversia en ese juzgado fue el reconocimiento de los intereses moratorios por la mora en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD), y en este proceso solicita los intereses moratorios por la mora en el pago a herederos, por las mesadas causadas y no pagadas en tiempo a la causante. En punto de los intereses moratorios considero que existió mora por parte de COLPENSIONES en el reconocimiento y pago de la pensión a la causante y por ello ordenó su reconocimiento y pago desde el 07 de diciembre de 2013 esto en aplicación de la excepción de prescripción, y hasta el 31 de julio de 2014 como quiera que fue ingresada la prestación en nómina desde el mes de agosto de 2014.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor de la causante la señora ELVIRA LEONOR DELGADILLO GONZALES, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 del 93 a partir del 7 diciembre de 2013 hasta el 31 de julio 2014, los cuales deberán ser liquidados sobre la totalidad del capital adeudado por concepto*

de retroactivo pensional cancelado tardíamente, el cual asciende a la suma de \$24.958.564, los cuales deberán cancelarse a quién o a quienes acrediten la calidad de heredero de la nombrada. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva respecto a los intereses moratorios causados con anterioridad al 7 diciembre 2013 y no probadas las demás. TERCERO: CONDENAR en costas a la demandada liquídense por secretaria, incluyendo en ella la suma de \$1.500.000, como valor que se estima de las agencias en Derecho. CUARTO: CONSULTAR la presente decisión ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.” (audiencia virtual del 01 de agosto de 2023, récord 57:55, archivo No. 69 del expediente digital, trámite de primera instancia)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso COLPENSIONES solicita sea revocada la sentencia. Afirma que reconoció y pagó la pensión a la causante y posteriormente procedió con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al demandante, así pues, no incurrió en ningún retardo en el pago de las mesadas pensionales. Considera que se configura en este asunto la cosa juzgada, pues el Juzgado Décimo Laboral de Pequeñas Causas Laborales ordenó el pago de intereses moratorios como pago a herederos¹ (audiencia virtual del 22 de junio de 2023,

¹ “gracias su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de emitir ante el tribunal superior de Bogotá, sala laboral para que se sirva revocarla en su totalidad como quiera que mi representada Colpensiones respetuosamente difiere de las consideraciones del despacho, al no encontrarse acreditada en los requisitos fácticos y jurídicos para dar lugar a condenar al pago de unos intereses moratorios con ocasión al reconocimiento de la pensión de vejez que fue conocida de las causante elvira Leonor delgadillo Gonzales teniendo en cuenta honorable tribunal que mi representada Colpensiones mediante la resolución gnr 275332 del 4 de agosto de 2014, reconoce y paga a favor de la señora elvira leonor delgadillo gonzález una pensión de vejez de carácter compartida con la ugpp en un porcentaje de 2.57% con fecha de status pensional, el 27 de junio de 2007, efectivo a partir del 18 de mayo del año 2008, que con ocasional al fallecimiento de la causante elvira Leonor delgadillo González el 25 de enero de 2014, el demandante alegando la condición de conyuge supérstite Álvaro Ernesto Monroy cansino el 5 de septiembre de 2014 en calidad de cónyuge, solicita la sustitución pensional a su favor que le fue reconocida de manera favorable a través de la resolución gnr 78479 del 14 de marzo de 2015 por lo tanto honorable tribunal es evidente que dentro del presente proceso mi representada cumplió o acredito los términos establecidos por la ley que la habilitan para estudiar el reconocimiento de la prestación de la demandante y por consiguiente, al solicitante en calidad de cónyuge supérstite, no habiendo lugar a reconocer o

récord 45:07, archivo No. 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que **(i)** ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD) falleció el 25 de enero de 2014 (ver folio 38 archivo 01, primera instancia), **(ii)** mediante resolución GNR 275332 del 04 de agosto de 2014 COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD) con fundamento en la Ley 71 de 1988 a partir del 18 de mayo de 2008 en cuantía inicial de \$1.803.839 (ver folios 17 a 23 archivo 01, primera instancia), **(iii)** mediante resolución GNR 78479 del 14 de marzo de 2015, COLPENSIONES reconoció una pensión de sobrevivientes a ÁLVARO ERNESTO MONROY CANCINO con ocasión del fallecimiento de ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD), a quien le reconoció una pensión de vejez postmortem a partir del 27 de julio de 2007. Preciso que las mesadas causadas entre el 27 de julio de 2007 y el 25 de enero de 2014 corresponde al pago a herederos, y el retroactivo generado posteriormente se incluía en nómina a favor del demandante (ver folios 9 a 15 archivo 01, primera instancia), **(iv)** en resolución GNR 32450 del 26 de enero de 2017 se liquidó como pago a herederos la suma de \$150.349.717 que corresponde a las mesadas causadas entre el 18 de mayo de 2008 y el 24 de enero de 2014 (ver folios 31 a 35 archivo 01, primera instancia), y **(v)** en resolución DNP_5758 de 2017 COLPENSIONES reconoció a favor del demandante un pago único a

haberse causado a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de 1993 como quiera que no se acreditó la mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales mi representada Colpensiones a los adentro del presente proceso y mantiene esa oposición rotunda que se declare probada a favor de la entidad, la excepción de cosa juzgada, teniendo en cuenta que en el juzgado décimo laboral de pequeñas causas laborales condeno a mi representa a el reconocimiento y pago de los intereses moratorios como pago a herederos en favor del aqui demandante ALVARO ERNESTO MONROY CANCINO sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada por lo tanto, pues solicitó al honorable tribunal tener en cuenta que si se acreditan todos los requisitos que dan lugar a declarar, la excepción de cosa juzgada, asimismo mi representada no incurrió en ningún moro, retardo en el pago de las mesadas pensionales teniendo en cuenta que estaba habilitada para reconocerlas en el término mediante el acto administrativo que le fue notificada en debida forma al actor por lo tanto solicitó revocar en su totalidad la sentencia de primer grado y absolver a mi representada de las condenas. muchas gracias, su señoría."

herederos por la suma liquidada en la resolución GNR 32450 del 26 de enero de 2017 -\$150.349.717- (ver folios 40 a 42 archivo 01, primera instancia)

En consonancia con el recurso de apelación, el Tribunal debe definir (i) si operó o no el efecto de *Cosa Juzgada* con las decisiones tomadas al interior del proceso ordinario laboral No. 110014105010 2017 00478 00 promovido por ÁLVARO ERNESTO MONROY CANCINO contra COLPENSIONES; y en dado caso (ii) si hay lugar o no al reconocimiento de los intereses moratorios por la mora injustificada en el reconocimiento de la pensión a ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD).

i) COSA JUZGADA: Para resolver este aspecto de la controversia, el artículo 303 del C.G.P. asigna el efecto de COSA JUZGADA a las decisiones judiciales que se han pronunciado previamente sobre un mismo objeto (pretensiones), fundadas en los mismos hechos (causa), cuando existe identidad jurídica entre las partes.

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho reiteradamente que aunque dos procesos no sean absolutamente idénticos, ocurrirá el efecto de cosa juzgada cuando del núcleo de la causa -es decir los hechos debatidos- y de las pretensiones de ambos procesos -el objeto- se evidencie una identidad esencial de la cual se pueda inferir razonablemente que la segunda acción busca *replantear una cuestión litigiosa que ya se resolvió*², y ello ocurre si “*el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado es el mismo, esto es, el por qué se reclama*” (SL 1141 de 2016, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA y JORGE MARIO BURGOS RUIZ). Si ello no ocurre se debe permitir que la justicia continúe con su accionar y defina la materia que se propone pues ella no ha sido resuelta.

Con estas referencias normativas y jurisprudenciales, no encuentra la Sala que concurren los elementos referidos en el proceso que culminó con la sentencia dictada el 27 de octubre de 2017 por el Juzgado Décimo Municipal de

² Sentencia del 18 de agosto de 1998, Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Radicación 10819. Mag. Ponente Dr. José Roberto Herrera Vergara.

Pequeñas Causas Laborales de Bogotá (archivo 05 carpeta 67, primera instancia) y el proceso presente, pues si bien en ambos expedientes hubo identidad de partes y se procuró el reconocimiento y pago de intereses, los hechos planteados y la causa petendi son diferentes. En el primer proceso las pretensiones se encuentran encaminadas al reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la demora en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de ÁLVARO ERNESTO MONROY CANCINO, y en ese asunto peticiona los intereses moratorios, que estima generados por la mora injustificada en el reconocimiento de la pensión de vejez a ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD).

Se debe advertir de todas formas que la pensión de vejez tuvo vigencia hasta el fallecimiento de la causante, a partir de allí se reconoció la pensión de sobrevivientes, por ello los intereses por mora que se pudieron generar en una y otra prestación son procedentes en caso de probarse el derecho a los mismos.

En este orden de ideas, no se evidencia una identidad esencial que permita inferir razonablemente que la acción propuesta en este expediente esté replanteando la misma cuestión litigiosa que se definió antes, y por ello, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró no probada la excepción de cosa juzgada, y resolverá las controversias planteadas.

ii) INTERESES MORATORIOS: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estableció a cargo de las entidades del Sistema de pensiones intereses de mora por el retardo en el pago de las mesadas de pensión a sus afiliados.

En pensiones de vejez, el interés corre cuando transcurre el plazo de cuatro meses que tienen dichas entidades para agotar el trámite administrativo y de investigación pertinente a la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes.

Dicho interés se causa, en palabras de la Corte Constitucional (sentencia C-601 de 2000), para todas las pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, pues la Ley 100 de 1993 no creó “*privilegios entre quienes han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos*” ni distinguió entre pensionados. Además, en situaciones como la que aquí se decide, la Sala Laboral de la Corte Suprema estimó en el pasado la integración normativa del Acuerdo 049 con la Ley 100 de 1993 para efectos del interés moratorio (sentencia del 28 de marzo de 2006, radicación 26223 y sentencia SL464 de 2021), y en reciente jurisprudencia afirmó que el interés procede para las pensiones legales que se otorguen en aplicación del régimen de transición (CSJ SL1681-2020) sin importar si se trata del valor inicial o el reajuste de mesadas ya reconocidas (CSJ SL3130 y SL4773 de 2020)³.

No obstante, para que el interés *moratorio* se cause la entidad debe estar en una situación de *mora*, esto es, debe haber transcurrido el plazo señalado en las normas para el reconocimiento del derecho inicial o del ajuste de los valores reconocidos, contado desde la fecha en que se hayan presentado las solicitudes respectivas.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, se modificará la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, pues si bien proceden los intereses moratorios en virtud de la mora de COLPENSIONES en reconocer y pagar a la causante la pensión y su retroactivo, lo cierto es que se debe modificar su liquidación.

Se llega a la anterior conclusión, al advertir que ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (QEPD) solicitó el reconocimiento de su prestación el 30 de julio de 2007, data para la cual cumplía con los requisitos para acceder

³ Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3130-2020 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020, M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN: “(...), la Corte encuentra suficientes razones para modificar su jurisprudencia hasta ahora vigente, y sostener que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.”.

a la prestación, la entidad negó la pensión mediante resolución 000094 del 02 de enero de 2008 que fue confirmada en resolución 001132 del 30 de mayo de 2008; el 18 de mayo de 2012 la causante solicitó un nuevo estudio de la prestación y a través de la resolución GNR 275332 del 04 de agosto de 2014 COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 18 de mayo de 2008.

Es de anotar que, si bien en la Resolución GNR 78479 del 14 de marzo del 2015 se estableció que el demandante tenía derecho al reconocimiento de la pensión post mortem desde el 27 de julio del 2007, lo cierto es que en la resolución GNR 32450 del 26 de enero de 2017 se liquidó como pago a herederos las mesadas causadas desde el 18 de mayo de 2008 y hasta el 25 de enero de 2015 en la suma de \$150.349.717.

En ese orden, dado que fueron reconocidas las mesadas causadas entre el 18 de mayo 2008 y el 25 de enero de 2014 a través de la resolución GNR 32450 del 26 de enero de 2017, y se pagó a herederos en la nómina de octubre que se efectiva el 1º de noviembre de 2017, procede el pago de intereses moratorios sobre cada una de dichas mesadas. El interés moratorio en principio corre a partir del 30 de noviembre de 2007 pues la primera reclamación pensional con requisitos cumplidos se elevó el 30 de julio de 2007 (ver reclamación en el expediente administrativo), a partir de ese momento la entidad tenía un plazo de 4 meses para pagar la primera mesada pensional⁴, no obstante solo hasta el 7 de diciembre de 2016 se elevó solicitud de pago de estos intereses (ver reclamación folio 25 a 29 archivo 03, primera instancia), razón por la cual en virtud de la prescripción, procede el pago de los intereses causados desde el 7 de diciembre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2017, cuando la resolución DNP_5758 de 2017 COLPENSIONES hizo el pago único a herederos que fue ingresado en la nómina de octubre de 2017 pagada el 1º noviembre de ese año -como se dijo- (ver folios 40 a 42 archivo 01, primera instancia).

⁴ Ver parágrafo 1, artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

El Tribunal efectuó las operaciones aritméticas para definir el valor de los intereses moratorios, de ellas, se obtuvo la suma de \$24.618.019, inferior al reconocido en primera instancia en \$24.958.564. En consecuencia, se modificará la condena tal como se había anunciado.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

MESADAS CAUSADAS ENTRE EL 18 DE MAYO DE 2008 Y EL 25 DE ENERO DE 2014 (interés corriente bancario máximo - usura en el mes de agosto de 2014 29,00%)						
Año	Mes	Mesada	Interés Efectivo Corriente Anual	Interés Nominal Moratorio Diario	Días en Mora	Vr/ interés Moratorio
2008	Mayo	\$ 781.664	0,29000	0,000698	236	\$ 128.742
	Junio	\$ 1.803.839	0,29000	0,000698	236	\$ 297.097
	Julio	\$ 1.803.839	0,29000	0,000698	236	\$ 297.097
	Agosto	\$ 1.803.839	0,29000	0,000698	236	\$ 297.097
	Septiembre	\$ 1.803.839	0,29000	0,000698	236	\$ 297.097
	Octubre	\$ 1.803.839	0,29000	0,000698	236	\$ 297.097
	Noviembre	\$ 1.803.839	0,29000	0,000698	236	\$ 297.097
	Diciembre + mesada adicional	\$ 3.607.678	0,29000	0,000698	236	\$ 594.195
2009	Enero	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Febrero	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Marzo	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Abril	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Mayo	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Junio	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Julio	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Agosto	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Septiembre	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Octubre	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Noviembre	\$ 1.942.193	0,29000	0,000698	236	\$ 319.885
	Diciembre + mesada adicional	\$ 3.884.386	0,29000	0,000698	236	\$ 639.769
2010	Enero	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Febrero	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Marzo	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Abril	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Mayo	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Junio	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Julio	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Agosto	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Septiembre	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Octubre	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Noviembre	\$ 1.981.037	0,29000	0,000698	236	\$ 326.282
	Diciembre + mesada adicional	\$ 3.962.074	0,29000	0,000698	236	\$ 652.565

2011	Enero	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Febrero	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Marzo	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Abril	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Mayo	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Junio	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Julio	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Agosto	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Septiembre	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Octubre	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Noviembre	\$ 2.043.836	0,29000	0,000698	236	\$ 336.626
	Diciembre + mesada adicional	\$ 4.087.672	0,29000	0,000698	236	\$ 673.251
2012	Enero	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Febrero	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Marzo	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Abril	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Mayo	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Junio	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Julio	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Agosto	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Septiembre	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Octubre	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Noviembre	\$ 2.120.071	0,29000	0,000698	236	\$ 349.182
	Diciembre + mesada adicional	\$ 4.240.142	0,29000	0,000698	236	\$ 698.363
2013	Enero	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Febrero	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Marzo	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Abril	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Mayo	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Junio	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Julio	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Agosto	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Septiembre	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Octubre	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Noviembre	\$ 2.171.801	0,29000	0,000698	236	\$ 357.702
	Diciembre + mesada adicional	\$ 4.343.602	0,29000	0,000698	211	\$ 639.619
#	Enero	\$ 1.771.147	0,29000	0,000698	180	\$ 222.493
TOTAL RETROACTIVO		\$ 150.349.717	TOTAL INTERESES			\$ 24.618.019

También se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar el pago en favor de los herederos de ELVIA LEONOR DELGADILLO GONZÁLEZ (Q.E.P.D.), pues el derecho se causó en favor de la afiliada y dada su muerte estos dineros forman parte de la masa sucesoria que se debe

adjudicar entre quienes estén legitimados para el efecto en la sucesión de bienes, de acuerdo a la Ley y/o al testamento.

SIN COSTAS en esta instancia.

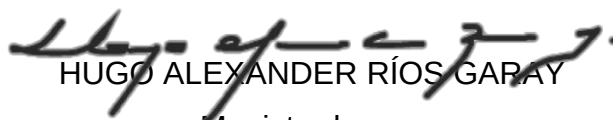
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Quinta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia para definir que los intereses moratorios ascienden a la suma de \$24.618.019.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JOHN ALEXANDER POLANÍA CONTRA
ARACELY HERÁNDEZ LOZADA.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia dictada el 8 de agosto de 2023 por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y se condenó a la demandada a pagar salarios adeudados, auxilio de transporte, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JHON ALEXANDER POLANÍA presentó demanda contra ARACELY HERNÁNDEZ LOZADA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare (i) la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de diciembre de 2011 y el 21 de mayo de 2020, que terminó por despido sin justa causa y en virtud del cual devengó como salarios, para el 2011 y 2012 \$950.000, 2013 \$1.200.000, 2014 \$1.250.000, 2015 \$1.300.000, 2016 \$1.350.000, 2017 \$1.400.000, 2018 \$1.450.000, 2019 \$1.500.000 y 2020 \$1.800.000; (ii) que en vigencia de la relación laboral se *excedió el máximo de horas diarias y semanales de trabajo que habla el artículo 161 del C.S.T.* por lo que se le deben pagar las horas extras y dominicales causadas. En consecuencia, reclama condena al pago de los salarios causados entre el 15 de marzo y el 21 de mayo de 2021 periodo en el que estuvo en *cuarentena por disposición de su empleador y las leyes nacionales*, sin que mediara comunicación respecto a su continuidad en el trabajo o de la suspensión del vínculo, además, el auxilio de transporte, horas

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

extras, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, junto con la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., y la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que entre el 1 de diciembre de 2011 y el 21 de mayo de 2020 prestó su fuerza de trabajo de manera personal y subordinada a ARACELY HERNANDEZ LOZADA, en contraprestación de lo cual se le pagó un salario mensual que varió anualmente; cumplió funciones en el área de producción, asistiendo todos los procesos que en general se desarrollaban por orden y dirección de la demandada, en especial, el manejo de máquinas extrusoras y aglutinadora para producción de diferentes artículos de plástico tales como guantes de manipulación y delantales. Aduce que las actividades las ejecutó bajo la dirección del señor LUIS AGUIRRE quien era su superior inmediato en un horario de 6:00 a.m. a 6:00 p.m., y que nunca fue afiliado al sistema general de seguridad social ni recibió prestaciones sociales. Indica que una vez decretado el estado de emergencia y la cuarentena estricta por la pandemia SARS-COV2, por orden del señor LUIS AGUIRRE, desde el 15 de marzo de 2020 hasta el 20 de mayo del mismo año se confinó en su residencia, con la orden de *estar atento* al llamado del empleador; sin embargo, aunque sus compañeros se reintegraron, no le dieron orden de regreso ni le pagaron el salario por ese periodo. Sostiene que el 21 de mayo de 2020 solicitó a LUIS AGUIRRE el pago de los salarios adeudados y que se le informara sobre el retorno de sus funciones, y este le manifestó que no se le pagaría ese tiempo y que no lo llamaría a reanudar labores. Indica que al momento del despido no le fue entregada la liquidación ni ningún documento, y que el 22 de febrero de 2021 solicitó el pago de sus acreencias y planteó un pacífico acuerdo pero no obtuvo respuesta alguna (ver demanda archivo 01 y 04, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por ARACELY HERNÁNDEZ LOZADA a través de apoderado judicial. Negó que el demandante hubiere prestado servicios a su favor en el periodo señalado en la demanda, o en cualquier otro lapso, y por ende, la existencia de una relación laboral. Indicó que no tiene personal contratado, que su negocio consiste en rebobinar papel vinipel transparente y negro, no tiene máquinas extrusoras y/o aglutinadoras de plástico ni desarrolla ninguna actividad de producción, pues

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

se dedica al acondicionamiento del producto. Además, señaló que comparte una bodega con el señor LUIS AGUIRRE quien produce guantes plásticos, que cada uno maneja su negocio de manera independiente y que éste no tiene ninguna autoridad en su actividad comercial. Se opuso a las pretensiones declarativas y de condena por *carecer de sustento de hecho y de derecho*. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de contrato de trabajo verbal o escrito, inexistencia de relación laboral o de trabajo, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, temeridad y mala fe* y la genérica (archivo 08, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de agosto de 2023 mediante la cual el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes entre el 31 de diciembre de 2012 y el 25 de marzo de 2020, y condenó a la demandada a pagar a la demandante salarios adeudados, auxilio de transporte, prestaciones sociales, aportes a seguridad social en pensión y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, y la absolvió de las demás pretensiones incoadas. Para tomar su decisión la juez concluyó que las pruebas aportadas daban cuenta que el demandante prestó sus servicios para *el giro de los negocios para los cuales la demandada efectuó el registro mercantil*, esto era, en el lugar donde funciona el establecimiento *ARAPLAST* del que figura como propietaria, por lo que, a pesar de que se alega que los servicios fueron prestados para LUIS MARÍA AGUIRRE HUERTA, lo cierto es que no era el comerciante para el cual se registró la matrícula mercantil del establecimiento y por ello, fungió en realidad como representante de la verdadera empleadora. En ese sentido, como no se acreditó el pago de las prestaciones causadas, vacaciones y demás emolumentos en vigencia del contrato, dispuso su pago a favor del demandante sobre la base de un salario mínimo mensual vigente para cada anualidad, al no hallar prueba de una suma diferente que fuera recibida como retribución. Negó el pago de la indemnización moratoria y de la sanción por no consignación de las cesantías por no encontrar evidencia de la mala fe, como quiera que la demandada actuó bajo el convencimiento de que la vinculación había sido con su compañero. Tampoco accedió al pago de la indemnización por despido sin justa causa por no hallar prueba de un despido.

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JOHN ALEXANDER POLANÍA, en calidad de trabajador y la señora ARACELY HERNÁNDEZ LOZADA en calidad empleadora existió un contrato de trabajo a termino indefinido desde 31 de diciembre de 2012 hasta el 25 de marzo 2020, contrato en el que el demandante devengó como salario una suma igual al mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. SEGUNDO: CONDENAR a la señora ARACELY HERNÁNDEZ LOZADA a reconocer y pagar a favor del señor JOHN ALEXANDER POLANIA las sumas y conceptos que se relacionan a continuación, a) por concepto de salarios adeudados del 15 de marzo 2020 al 25 de marzo de esa misma anualidad \$321.861; b) por concepto de auxilio de transporte causado desde el 31 diciembre 2012 al 25 de marzo 2020, la suma de \$7.446.75; c) Por auxilio de cesantías del 31 de diciembre de 2012 al 25 de marzo 2020 la suma de \$5.682.270; d) Por concepto de intereses a las cesantías causado del 31 de diciembre de 2012 al 25 de marzo 2020, \$6.60437; e) Por concepto de primas servicios causadas del 31 de diciembre 2012 al 25 de marzo 2020, la suma de \$5.682.270; f) Por compensación de vacaciones del período durante el cual el actor prestó servicios, la suma de \$3.219.830. TERCERO: CONDENAR a la señora ARACELY HERNÁNDEZ LOZADA a pagar a favor del aquí demandante en el fondo de pensiones en el cual se encuentre afiliado o en el que se afilie, ya sea en un administradora de régimen de ahorro individual o en la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el cálculo actuarial del período comprendido entre el 31 diciembre 2012 al 25 de marzo 2020, teniendo en cuenta como salario base de cotización la suma del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad en que prestó servicio el demandante, valor que se debe pagar en la forma y a satisfacción de la entidad a la cual se encuentra vinculado el demandante, y CUARTO: ABSOLVER a la demandada señora ARACELY HERNÁNDEZ LOZADA de las demás pretensiones formuladas en su contra conforme a la normativa. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas dentro del presente proceso. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada y a favor del demandante. Por Secretaría liquídense incluyendo como agencias en Derecho la suma de \$1.000.000”* (Audiencia virtual, archivo 19, récord 1:16:25).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del DEMANDANTE, solicita que se tenga en cuenta el salario que relacionó en la demanda, pues la carga probatoria que se le impuso de acreditar valores diferentes le resulta excesiva teniendo en cuenta que no posee recibos ni documentos de ninguna otra naturaleza de los que se pueda verificar el valor de lo percibido, y claramente los testigos no podían dar cuenta de las sumas que recibió; además, porque bien pudo la demandada demostrar que ese no fue su salario, por ser quien estaba en mejor posición probatoria. Asimismo, indicó que tampoco está en condición de demostrar las horas extras y dominicales que laboró, pero que puede servir como respaldo del horario que mencionó en la demandada lo indicado por ARCELIA MUÑOZ quien manifestó que cuando llegaba a las 7:00 de la mañana él ya estaba ahí y que cuando se iba él se quedaba. Por otra parte, indicó que, contrario a lo que concluyó la juez, en el asunto se acreditó la mala fe del empleador, porque desde el principio negó que producía guantes, dijo que su negocio se dedicaba únicamente al vinipel y que no requería trabajadores, situaciones estas que fueron desvirtuadas, además porque le adeuda salarios y prestaciones sociales y se intentó crear confusión frente a quién tiene la titularidad del negocio, motivos suficientes para acceder al pago de las sanciones moratorias pedidas. Frente a la forma como terminó el vínculo laboral, refirió que nunca renunció y tampoco se le entregó ninguna comunicación en la que se le expresaran las razones por las cuales se ponía fin al contrato, por ello no la aportó; sin embargo, era claro que quien decidió terminar la relación laboral fue LUIS AGUIRRE, y de contera, la demandada, por ello procedía el pago de la indemnización por despido sin justa causa¹ (Audiencia virtual, archivo 19, récord 1:19:12 expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Manifiesta esta parte demandante, su señoría, que no se encuentra conforme respecto de 2 o varios aspectos de la demanda el primero de ellos, su señoría, tiene que ver con el salario, si bien es cierto que por regla general, el demandante en este caso el trabajador debe probar debe demostrar por los medios probatorios que tenga a la mano el valor del salario su señoría, lo que sí es cierto es que está reconocido dentro del presente proceso que el el pago del salario no mediaba un recibo, no mediaba documento alguno de alguna naturaleza que quedará en poder del trabajador su señoría y también está claro y se demostró en todo el proceso de los diferentes cuestionamientos que yo le hice no solo a los a las partes si no a los testigos, y que su señoría también les hizo a cada uno de los testigos y a las partes respecto de cómo se hacía ese pago, y quedó claro que el pago se hacía en efectivo pero además de eso que se hacía en solitario por supuesto, su señoría, que los testigos que trajo la parte demandada no iban a reconocer que ni cuánto era ese pago ni cómo se hacía ese pago su señoría y por supuesto que el señor LUIS AGUIRRE no iba a reconocer que hacía el pago en la misma manera en que aquí se manifestó dentro de la demanda, pero lo que sí es cierto su señoría es que esa situación deja en una imposibilidad de demostrar documentalmente o así siquiera con testigos cuál era ese pago su señoría pero no puede su señoría salirse o digamos concluirse que definitivamente el pago era el salario mínimo única y exclusivamente porque no hubo manera el demandante no tiene a la mano una instrumento probatorio para decir, a mí me pagaban era esta cantidad de dinero su señoría, y más si me queda en evidencia cuando el señor LUIS AGUIRRE dice, no es que yo le pagaba, era al destajo, al destajo su

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

señoría bueno, eso digamos en ese sentido queda demostrado es que el fallo a la verdad su señoría, pero no puede de alguna manera cobrarse al trabajador que no tenga una manera de demostrar su salario, máxime que estamos hablando de salarios desde el 2012 pero en ese sentido, su señoría ni al abogado de la parte demandante, ni a al trabajador mismo, pues le es digamos posible demostrar cuál era ese salario su señoría no obstante, pues la manifestación hecha dentro del escrito de la demanda y de la contestación del interrogatorio y demás, pues su señoría eso es prueba suficiente para demostrar que ese era el valor ahora su señoría, si no pagaba eso, si estaba mintiendo el suscrito dentro del escrito de la demanda o el demandante estaba mintiendo, su señoría el trabajador estaba mintiendo, pues fácil, y hubiera quedado al señor LUIS AGUIRRE, sí era que le asistía a la buena fe su señoría de demostrar que no era ese pago bueno, y ahí sí tiene todo un arsenal de instrumentos probatorios que va desde cámaras desde testimonios, desde los mismos recibos que él puede haber guardado en el caso de que hubiese sido bueno de diferentes maneras, desde la misma contabilidad del establecimiento de comercio, su señoría puede demostrar que el salario que se pagaba era determinado y no el que decía el demandante, su señoría puede demostrar que el salario se pagaba era determinado y no como decía el demandante en ese sentido pues la sentencia lo que hace es, digamos, a asumirle una carga diferente, cobrarle al trabajador esa imposibilidad que tiene de mostrar el salario su señoría y en ese sentido pues manifiesta esta parte demandante que no está de acuerdo con que el salario que se tase y sobre el que se calculen todas las referencias laborales, sea precisamente el del salario mínimo su señoría, asimismo, en idéntica situación queda en la imposibilidad de probar las extras y los dominicales su señoría, pues con la señora MARIA ARCELIA CUELLAR, pues ella no puede porque no le consta, porque le es imposible saber cuál fue exactamente los tiempos que pactaron el señor el aquí demandante, John Alexander Polanía pues le contó porque era cercana porque era amiga, le decía, yo entraba a trabajar a las 6:00 de la mañana y terminaba de trabajar a las 6:00 de la tarde y eso pues digamos, no tendría mayor valor probatorio, pero lo que sí tiene mayor valor probatorio y que encuadra armoniza perfectamente con esa manifestación, es esto de que la señora ARCELIA CUELLAR (sic) se manifieste y diga, oiga, cuando yo entraba a las 7:00 de la mañana el señor Polanía ya estaba ahí y cuando yo salía a las 5:00 de la tarde, el señor Polanía se quedaba ahí esto armoniza con lo manifestado en el escrito de la demanda con lo declarado por el señor Polanía que señala, yo entraba a las 6:00 de la mañana y salía a las 6:00 de la tarde su señoría, bueno, pero le queda absolutamente imposible demostrar probar, digamos, con documentalmente, probar, ni siquiera a través de testimonios su señoría, porque es que los compañeros del señor Polanía todavía siguen trabajando en ARAPLAST o se perdieron y le queda imposible encontrarlos buscarlos a pesar de que hicimos, pues todo ese ejercicio, previamente en el escrito de la demanda, su señoría, entonces no puede cobrarse la imposibilidad propia de su calidad de trabajador, su señoría. y además de eso, pues lo que hace la sentencia, al realizar esta ejecución, no es otra cosa que decirle, digamos, negarle todos los derechos que le concurren al trabajador a partir de un trabajo que ya realizó que hizo su señoría y fíjense ustedes, su señoría del trabajo de 6 a 6 es bastante inhumano y en esas calidades su señoría es bastante inhumano. Ahora bien, digamos si al trabajador le queda imposible probar, pues lo que le corresponde al despacho es evaluar cuanto más en cada una de las intervenciones de los demás a ver quién está diciendo la verdad y quién está diciendo la mentira su señoría y en ese sentido a mi digamos la bancada de la parte demandante, pues no se siente, pues digamos completamente a gusto con esta digamos decisión pero digamos el curso de esta apelación su señoría, se aviene con el asunto de la manifestación de que la señora ARACELY HERNÁNDEZ, en calidad de empleadora, actuó siempre de buena fe, pues su señoría, los hechos mismos demuestran que no es así no es así su señoría cuando el suscrito abogado le preguntó a la señora ARACELY HERNÁNDEZ LOZADA si es ARAPLAST producía guantes ella dijo contundente y categóricamente que no, que no lo hacía, que de ninguna manera que ellos lo único que producían era vinipel y cuando en el escrito de la demanda, cuando le fue notificado el escrito de la demanda contestó diciendo no es que de ninguna manera mi cliente produce vinipel, entonces eso no es otra cosa que la manifestación, pues de la señora ARACELY HERNÁNDEZ, dijo sus negocios tienen que ver única y exclusivamente con la producción de vinipel es más, dijeron que no necesitaban trabajadores que ellos no tenían trabajadores su señoría, pues bien, su señoría dentro del proceso se vino a encontrar que ellos sí tenían si producían guantes que no solamente producían vinipel, sino que sí producían guantes y aquí queda, pues demostrado su señoría, todas las inferencias lógicas con bastante acierto hizo el despacho respecto de la relación laboral, también le desnuda en la mala fe su señoría sí producían guantes y no es coherente con la buena fe mentir dentro de un proceso laboral su señoría no es coherente con la buena fe, atreverse a generar toda una teoría del caso digamos bastante curiosa e interesante inclusive como esto de decir no es que hay dos establecimientos de comercio hay dos locales comerciales y cada uno trabaja por un lado y entonces no pasa absolutamente nada. Su señoría se pregunta este

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

abogado a cuenta de que cuál era la intención, cuál es la vocación de una persona al crear una cosa de estas alimentar una cosa a esta cual es la intención de alguien a mentir de manera tan contundente y tan evidente dentro de un proceso laboral, la buena fe, es la buena fe lo que lleva a alguien a decir estas cosas que yo he desnudado su señoría, no todo lo contrario es la súper mala fe dirigida su señoría a negar los derechos de los trabajadores, a negar el derecho de un trabajador, no puede entenderse como buena fe, no puede entenderse como de buena fe todo ese tipo de cosas su señoría está demostrado que el señor Jhon Alexander Polanía presentó un documento a ARAPLAST al día al señor Luis Aguirre, los cita a los dos dentro del documento se los envía a ARAPLAST al señor Luis Aguirre, insisto, tan de mala fe actuaron que disimularon quién era el propietario material del establecimiento de comercio y quien era el propietario jurídico, al punto de que al mismo momento, al 15 de febrero del 2021, el señor Jhon Alexander Polanía todavía creía que el representante legal de la sociedad o bueno del establecimiento de comercio ARAPLAST era el señor Luis Aguirre su señoría y aun así ni el señor Luis Aguirre ni Araceli Hernández ni absolutamente nadie le contestó este documento eso tampoco es propio de la buena fe no si hubiera buena fe, entonces lo que hace la señora Araceli Hernández o el señor Luis Aguirre o cualquiera en ARAPLAST y le responde y le dice, oiga, espéreme, no, yo no le debo toda esa plata, yo no le debo nada de eso por qué pues porque resulta que usted no trabajo aquí, usted es contratista, si de verdad hubiera pensado así como su señoría lo corrige si la señora Araceli Hernández estuviese en su mente, que no, que resulta que es que el señor John Alexander Polanía era o contratista o era trabajador de Luis Aguirre, o cualquier cosa de estas, pues su señoría lo que hace es responderle y decir no espere un momentico, no, usted no es trabajador mío, porque es que mire aquí y ahí sí es creíble esto de que ella tenía la cabeza, que eran dos establecimientos de comercio diferentes ahí sí era creíble si hubiese una respuesta dicho, oiga, señor Alexander Polanía, resulta que es que yo me dedico únicamente a ser vinipel el que hace guantes y el que hace todas estas cosas es mi esposo y el que lo contrato fue mi esposo, pues hablé con él ah, bueno, ahí sí podemos hablar de buena fe, pero no su señoría cómo podemos hablar de buena fe, su señoría, si tenemos a una persona que pone a trabajar a sus trabajadores, no en cualquier trabajo, su señoría manejar unas máquinas extrusoras y aglutinadoras tiene una serie de riesgos absolutamente graves, eso es por todo el mundo conocido su señoría manejar máquinas industriales, no es así nomás si su señoría el manejo de plástico tiene toda una serie de riesgos para la salud y el señor Luis Aguirre lo que hace es contratar a una serie de personas cierto dentro del establecimiento comercial ARAPLAST, cierto, sin ningún absolutamente ningún tipo de seguridad social, sin ninguna protección, sin nada en esa naturaleza y no puede colegirse de esa acción la buena fe ni puede colegirse, pues digamos la buena fe en todas las respuestas que presentaron y todas las manifestaciones absolutamente notorio, contrarias a la verdad que se hizo durante el proceso su señoría, de ahí no puede derivar la buena fe en ese sentido su señoría esta parte y debo manifestar otra cosa adicional, su señoría, porque es que incoherente y contradictorio que se diga su señoría frente al término de la de la terminación que diga no el contrato terminó el 25 de marzo, pero adicionalmente a ello, pues hay unos salarios adeudados, su señoría la terminación del contrato existió no por voluntad del señor Polanía no por voluntad del señor Polanía no renunció, no puede decirse que renunció porque aquí no hay ni siquiera una manifestación de nadie que dijera, no es que el señor vino y renunció ni mucho menos un documento ni absolutamente nada de eso lo que se ha escrito es el señor Polanía trabajaba hasta que inició la pandemia y el señor Luis Aguirre le dijo, mire ya por orden legal, usted vamos a tener que suspender los trabajos por un término específico, su señoría y ese término específico para el señor Polanía fue indefinido, o sea, llamó a trabajar a los demás trabajadores y a él lo dejó en el aire no le dijo nunca le envió una carta diciéndole, venga, mire aquí terminó su contrato laboral y si la hubiera enviado, nosotros hubiéramos presentado dentro de la demanda su señoría no hubo absolutamente ningún documento tan fue así su señoría, insisto que el señor Polanía le presentó esta comunicación diciéndole, oiga, señor Luis Aguirre, usted me debe tanta plata y pasó esto mire usted me dijo que íbamos a suspender las obras pero usted no me ha llamado y veo que llamaba a los demás y su merced lo reconoce su señoría dentro de su sentencia, su señoría dentro de la ratio decidendi entonces cómo puede entenderse que alguien actúe así primero de buena fe que ni siquiera es capaz de llamar al trabajador a decirle, no trabaja más, por qué por esto o sea, el señor Polanía no tenía derecho a que le dijeran eso su señoría ahora bien, su señoría hecha la manifestación, su señoría a un principio desde la carga dinámica de la prueba su señoría y entonces el señor Polanía hace la manifestación, pero también dice, pues yo también, pero es que lo que está diciendo es que no tenía un documento para probar y el señor Polanía dice, no me despido de esta manera, si hubiese sido de manera diferente su señoría y el señor Luis Aguirre o la señora Araceli Hernández Lozada actuaran de buena fe, pues su señoría hubiesen presentado ese documento supuestamente de la renuncia del señor

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

En el recurso de la DEMANDADA, asegura que no es propietaria de ningún establecimiento de comercio denominado ARAPLAST, este era el nombre que le imprimían a los productos que hacían ella y LUIS AGUIRRE, y si bien compartían una bodega, fungían de manera independiente como comerciantes en actividades distintas, situación reconocida por el mismo demandante, quien además aceptó que nunca prestó servicios personales a favor de ARACELY HERNÁNDEZ sino de LUIS AGUIRRE. En todo caso, sostiene que no se acreditaron los extremos temporales ni el salario y que, de hecho, se demostró que nunca retribuyó ningún servicio al demandante. En esa medida, -dice- al no demostrarse la prestación personal del servicio a su favor y la subordinación que ejerciera sobre el accionante lo procedente era absolver de las pretensiones incoadas² (Audiencia virtual, archivo 19 récord 1:37:22 expediente digital, trámite de primera instancia).

el señor Polanía es más su señoría, la hija de la señora Araceli Hernández Lozada era profesional y conoce estos asuntos, le hubiera dicho pásame la renuncia por escrito, pero es que nunca hubo una renuncia la decisión de dar por terminado el contrato laboral fue de parte de Luis Aguirre y por contera pues la señora Araceli Hernández Lozada, sin ningún tipo de comunicación, sin ningún tipo de manifestación, su señoría pues tan es así, que le quedaron debiendo su señoría, un montón de salarios, bueno una serie de salarios que no le fueron reconocidos ahora bien, su señoría cómo se puede uno quedarle debiendo los salarios a un trabajador y actuar de buena fe, cómo puede uno quedarle debiendo un salario por un término específico a un trabajador y actuar de buena fe su señoría, no su señoría, actuaron de mala fe, actuaron de mala fe al negar contestar ese escrito, actuaron de mala fe al mentir al interior del proceso, particularmente la señora Araceli Hernández Lozada, mentir al interior del proceso diciendo que no producían vinipel diciendo que eran dos establecimientos de comercio diciendo, pues un montón de cosas de esta naturaleza, su señoría mintieron su señoría faltaron, pues, a la buena fe y eso quedó demostrado dentro del proceso, señoría, cuando pretendieron su señoría valerse de esto de que la esposa del señor Polanía lo tenía afiliado a la salud, al sistema de salud no era que estuviera afiliado a la seguridad social, no estaba afiliado solamente a salud y riesgos laborales su señoría y el resto de los componentes de las de la seguridad social no puede ser concebido ni interpretado como un acto de buena fe, su señoría no puede ser interpretado como una un acto de buena fe en ese sentido, su señoría, mantengo mi pretensión o la pretensión de la parte demandante, su señoría, de que se reconozca que la señora Araceli Hernández Lozada el señor Luis Aguirre, al interior de la relación laboral actuaron de mala fe su señoría y en consecuencia, deben estar llamados a pagar las sanciones de las que ahora el artículo 64, 65 del código sustantivo del trabajo, su señoría y el artículo 91 del decreto de 1295 de 1994, su señoría en esos aspectos, queda sustentada la apelación de la sentencia, su señoría le agradezco enormemente por habernos escuchado.”

² *“Su señoría siguiendo el paso a paso que conllevó a esta sentencia pues valga la pena en primera medida en manifestar las razones de inconformidad con la misma con razón a la presentación de su señoría da como probado que efectivamente existió un establecimiento de comercio denominado ARAPLAST el cual no hay ninguna documental en el expediente y así su señoría lo dijo que acredite que ARAPLAST existe como establecimiento de comercio primero y segundo que la propietaria sea la señora Araceli Hernández tal como se lo expliqué ARAPLAST es un nombre que ellos le dieron para distinguir sus productos. también pudo haber sido ARAPLAST o cualquier otro ARA pero eso no indica que eso sea un establecimiento de comercio su señoría, miremos el artículo 515 del código de comercio, que es el que define que es un establecimiento de comercio y claramente lo dice en el entendido que se entiende como un establecimiento de comercio ese conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa es más que una misma persona puede tener uno o varios establecimientos de comercio o que un establecimiento de comercio puede*

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

tener uno o dos propietarios sí, ahora cuando se refiere este artículo de forma organizada, se entiende que pues es la persona la que se registra como comerciante independiente y matrícula es establecimiento de comercio las personas jurídicas también pueden tener establecimientos de comercio y las personas naturales también así lo ha contemplado el código de comercio en el caso que nos ocupa su despacho dio, por cierto, la existencia del establecimiento de comercio y así lo argumentó en varias de sus apartes y eso no es cierto también dijo que la señora Araceli en su interrogatorio de parte, manifestó ser la propietaria del establecimiento del comercio si ella le contestó en esos términos, pero como bien usted lo dijo en otra pregunta que yo le decía a otro deponente, pues es que ya no tienen la capacidad para saber qué es eso pues ella cuando le contestó a su despacho, eso que si era la dueña o no ella entendió que era el nombre sí, no se quiso referir usted tiene una unos nombres o empaca unos un papel vinipel unos guantes y le pone un nombre sobrepuesto o una etiqueta, que se llama ARAPLAST eso fue lo que entendió ella y le dijo que sí pero no podemos tener como probado que efectivamente existe ese establecimiento de comercio y no existe al día de hoy no existe porque ellos nunca, ninguno de los dos, ni don Luis ni Araceli lo registraron o lo han registrado. ahora bien lo que sí se probó es que los dos compañeros permanentes comparten una bodega con espacio para cada uno ejercer su actividad don Luis tiene su certificado de cámara de comercio como como comerciante independiente y la señora Araceli también lo tiene y miré que todos los testigos así lo dijeron incluyendo el mismo demandante, dijo, no es que allá se comparte una bodega si ellos lo dijeron que se compartía una bodega y que a un lado estaba la señora la Araceli en un cuarto pequeño o en un sector que ocupa una parte de la bodega, es que así fue y es creíble porque así lo dijo el mismo demandante y así lo así lo confesó y así lo dijeron los demás testigos entonces no se puede dar, por cierto que entonces allá lo que funcionaba un establecimiento de comercio que era de la señora Araceli y que como tal si el señor entró allá, entonces y a ejercer alguna actividad, pues entonces era el empleado de ella pienso que en ese caso no se está haciendo justo con las probanzas en el proceso entonces de esa manera, su señoría dice que ahí está probada la prestación personalizada situación que no es cierta su señoría tal como se lo dije, se probó, fue lo contrario que no hubo la prestación personalizada del aquí demandante en favor de su presunta patrona, la señora Araceli y de eso lo dijeron el mismo demandante que es una confesión, su señoría él lo dijo ahí en su interrogatorio esta mañana, yo lo escuché en el audio, por eso se lo puedo decir con claridad meridiana no anoté el minuto ni el segundo pero en la ampliación que haga con el alegato que hagan el Tribunal, pues lo haré con minuto y segundo y con décimas, él lo dijo que él efectivamente, no le ha prestado ningún servicio a la señora que él una o dos veces dijo claramente señoría, le colaboré una o dos veces a ella y normalmente supuestamente él prestó algún servicio fue al señor Luis Aguirre, y lo digo claramente entonces aquí son dos personas naturales, comerciantes independientes totalmente diferentes que no podemos cobijarlas como una unidad de empresa y que entonces el señor Aguirre era empleado entonces de la señora Araceli o era administrador o tenía otra connotación donde aquí eso no se habló ni se probó entonces por tal razón, con relación a la señora Araceli no hubo la presentación personalizada y como vuelvo y lo repito el mismo demandante así lo reconoció cuando su señoría le dijo que cómo le pagaba y que cuántas veces dijo, no fue más de una o dos veces que ella le pagó, entonces, cómo venimos a decir que ella era su patrón y que se probó la prestación personalizada cuando el mismo demandante dice que una o dos veces solamente le pago que lo otro se lo pagaba el señor Aguirre nunca se dijo que la patrona era la señora Araceli, el señor Aguirre era el administrador o era el un empleado de ella y se encargaba de dar las órdenes y de pagar y de todo lo demás, eso nunca se dijo ni se probó aquí en este proceso por otra parte, otra razón de inconformidad, su señoría son los extremos del contrato aquí no primero no hay una prueba documental donde eso lo diga, y segundo la declarante de la parte actora no fue clara en su decisión, ella ni siquiera se acordaba de que fecha ella dijo eso fue para tales años, pero no, dijo con claridad meridiana cuándo se inició el contrato y cuándo terminó entonces frente a esa situación de que esa fue la única persona que digamos que en su dicho decía que sí había habido una relación entre las entre el señor John y la señora Araceli, nunca, le dijo a su señoría con claridad presuntamente, en qué periodo fue que trabajó dijo que había sido tal año pero no tenía la certeza ni la claridad entonces no se puede alegremente aplicar entonces porque es que ese testigo entró en mucha contradicción y duda luego no debe merecer credibilidad de parte del despacho. Si, ahora con relación al salario efectivamente no se probó el salario, pero que quedó probado, fue que mi cliente nunca le pagó absolutamente nada al señor a ningún título ni a título de salario ni a título de prestación de servicios en lo que fuera estado, siempre se dijo que fue el señor Luis Aguirre entonces y eso es lo que yo digo, aquí se debe juzgar a quien se está demandando y los extremos de la demanda son el señor John Alexander Polanía y la señora Araceli por tal razón no podemos vincular otra persona que es señor Aguirre con otro tipo de convenios o con el señor John y ahora meter a la compañera permanente en este proceso su señoría, tal como se dijo en alegato de conclusión en el

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS, el Tribunal debe definir: i) si se acreditó o no la existencia de un contrato de trabajo entre las partes; y en dado caso, ii) definir el salario devengado por el demandante, y si procede el pago de horas extras, de indemnización por despido sin justa causa, y de las sanciones moratorias previstas en el artículo 65 del C.S.T y en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

(i) CONTRATO REALIDAD – EXTREMOS: Para resolver esta parte de la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST.

El primero define al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”. El segundo (artículo 23) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de

presente proceso la parte demandante no logró probar la prestación personalizada y así datan las pruebas testimoniales porque no tenemos una mera prueba documental que por lo menos así nos infieran que efectivamente hubo la posibilidad de algún tipo de prestación de servicio en algún periodo de tiempo, que eso no lo hay ahí es lo contrario que el señor no prestó ningún servicio a la señora subordinación, señoría la señora Araceli nunca le dio una orden, no aparece probado en el expediente que le haya dado una orden al señor John donde ella misma dijo que solamente se encargaba de su negocio su negocio de vinipel, dijo que inclusive ella había iniciado mucho tiempo eso antes ella sola y después habían decidido ubicar un solo sitio con su compañero permanente y le dijeron a su despacho sin que usted le preguntara que para no tener problemas de pareja lo habían independizado y así todos lo dijeron sí, era un cuartito pequeño que allá se la pasaban la señora y lo demás lo tenía el señor Aguirre eso debe ser creíble su señoría perfectamente creíble porque así lo dijeron los testigos y así lo dijo el mismo demandante y así quedó probado en el expediente remuneración no aparecen la más mínima indicio de que la señora aquí le haya pagado 50 centavos al señor lo único que aparece es lo que él dijo, que una o dos veces ella le había pagado algo, pero que había sido muy esporádico luego, entonces, dónde tenemos que la continuidad del servicio haya sido permanente sin ninguna interrupción entonces señoría su despacho está partiendo de un una prueba documental inexistente que es la existencia de un establecimiento de comercio que es ARAPLAST que es de propiedad del aquí demandada eso no es cierto y la verdad lo que hace que tanto el sustento fáctico de la sentencia y el sustento de fondo pues sean incongruentes con la realidad y estamos condenando una persona acá que es inocente así cómo se dice simplemente entonces por el contrario, mi cliente debió haber sido absuelta de esta demanda y la que debió ser sido condenará en costas y agencias en derecho es la demandante por una demanda temeraria y de mala fe las excepciones de fondo son claras no hay prueba contrato verbal a término indefinido no se probó por tal razón, sí, no hay prueba del contrato, pues todo lo demás se cae entonces, en ese orden de ideas, su señoría respetuosamente le solicito me conceda el recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se revisen la sentencia se revise cada una de las pruebas debidamente practicadas como consecuencia de ello, se revoque de manera integrada el fallo que carece de veracidad realidad con las probanzas. Muchas gracias”

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos), y el salario. Una vez reunidos estos elementos -dice el mismo artículo 23- se *entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De ésta última norma y del artículo 24 del código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* se presume regida por contrato de trabajo, lo que -en aplicación del artículo 167 del CGP- invierte las cargas probatorias del proceso.

En consecuencia, si el demandante en el proceso laboral reclama la existencia de un contrato de trabajo y prueba que prestó de forma continua y personal un servicio (hecho causal de la presunción), la ley *entiende* que éste se ejecutó mediante contrato de trabajo, es decir bajo subordinación, y corresponderá al demandado la carga de probar que no existió este último elemento: la subordinación.

No obstante, para que tal presunción pueda surgir se debe probar el elemento factico que la genera: la prestación de un servicio personal en favor de la o las personas que se traen al proceso como demandadas.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia, pues el demandante no cumplió con la carga de demostrar de manera *fehaciente* la prestación de servicios personales en favor de ARACELY HERNÁNDEZ LOZADA.

Al respecto y al absolver el interrogatorio de parte³, el demandante confesó que no prestó sus servicios personales a favor de la demandada sino de su compañero permanente, el señor LUIS AGUIRRE, en actividades de extrusión y embobinado para la fabricación de guantes plásticos, dijo que fue éste quien le pagó el salario, que fue él con quien concertó las condiciones del contrato y de remuneración, y que fue a él a quien le reclamó por el no pago de sus prestaciones sociales y de las demás acreencias laborales. Explicó que, en

³ Audiencia del 30 de marzo de 2023, archivo 12 primera instancia, récord 1:59:38.

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

efecto, la bodega donde prestaba sus servicios la señora Aracelly tenía un espacio dedicado a la parte del “vinipel” pero que no desarrolló ninguna actividad relacionada con ese tema y que la parte de los guantes y los delantales -que era en la que trabajaba- la manejaba LUIS AGUIRRE.

Lo anterior, es consistente con lo relatado por los testigos CRISTIAN ANTONIO JIMÉNEZ CALDERON⁴, ELFRIDES CALDERÓN PERAFÁN⁵, LAURA CAMILA AGUIRRE HERNÁNDEZ⁶ y LUIS MARÍA AGUIRRE⁷ quienes fueron contestes en señalar que JOHN ALEXANDER POLANÍA trabajó con LUIS AGUIRRE en la fabricación de guantes plásticos, y que para la señora ARACELY el demandante no desarrollaba ninguna actividad. Explicaron, además, que LUIS y ARACELY tenían cada uno un negocio distinto y que funcionaban en la misma bodega: LUIS AGUIRRE se dedicaba a la producción de guantes y ARACELY HERNÁNDEZ al vinipel, última que no tenía trabajadores, pues su actividad la podía realizar ella misma. También manifestaron que LUIS AGUIRRE era quien le cancelaba el salario al demandante.

Adicionalmente el testigo LUIS MARÍA AGUIRRE manifestó que se dedica a la fabricación de guantes plásticos, para cuya actividad contrató a JOHN ALEXANDER POLANÍA, quien trabajó con él entre el 2012 y el 2020 cuando empezó la pandemia. Sostuvo además que la actividad se realizaba en una bodega ubicada en Suba Lisboa, la cual compartía con su compañera ARACELY HERNÁNDEZ quien tenía un espacio para desarrollar un negocio completamente independiente al suyo, en el que trabaja lo relativo al vinipel, labor para la cual no requería de trabajadores. Dijo igualmente que los guantes se empacaban con el nombre de ARAPLAST o aquel que solicitara el cliente, los cuales él se encargaba de conseguir y negociar directamente, pues su compañera no tenía ninguna injerencia en su actividad.

Contrario a lo concluido por la Juez de primera instancia, en el expediente no hay ningún elemento de convicción que dé cuenta de que ARACELY HERNÁNDEZ sea propietaria de un establecimiento de comercio denominado *ARAPLAST*, pues lo que se incorporó al plenario fue su registro mercantil como

⁴ Ibídem, récord 44:00.

⁵ Ibíd., récord 1:04:37.

⁶ Ibídem., récord 1:19:12.

⁷ Ibíd., récord 1:41:31.

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

persona natural, que la acredita como comerciante, pero no la propiedad de un establecimiento de comercio (ver folios 37 a 39 archivo 01 primera instancia).

En esa medida, para la Sala era completamente plausible la existencia de dos negocios diferentes e independientes, uno del que es propietario el señor LUIS AGUIRRE y el otro de la demandada, y por ello no se puede concluir con el nivel requerido que el primero hubiera actuado en representación de la segunda, porque en manera alguna se acreditó que ejerció “*funciones de dirección o administración*” ni que ejerció actos de representación “*con la aquiescencia expresa o tácita del empleador*” (artículo 32 del C.S.T.); y en contra de tal conclusión, lo que se evidencia de las pruebas allegadas es que los servicios se prestaron en favor de una persona natural distinta a la que se trajo al proceso como demandada, se prestaron en favor de LUIS AGUIRRE - se repite- quien de hecho ejerció el poder subordinante, situación que era completamente transparente para el trabajador, tanto fue así que la reclamación de las prestaciones sociales y demás acreencias la efectuó ante esta persona y no ante ARACELY HERNÁNDEZ (folios 40 a 43 archivo 01), a quien convocó a juicio.

Como no se probó la prestación personal del servicio a favor de la demandada, no obró presunción alguna de existencia de un contrato de trabajo con base en el artículo 24 del C.S.T.-. No sobra señalar que a este proceso no se vinculó como demandado el señor LUIS AGUIRRE y por ello no se pueden dictar condenas en su contra-.

La omisión de cumplir con la carga de probar los hechos que darían lugar a la presunción de existencia del contrato y a las consecuentes condenas, en los términos del artículo 167 del CGP, obligaba a negar las pretensiones de la demanda⁸.

Por sustracción de materia, la Sala se releva del estudio del recurso de apelación propuesto por el demandante.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1084-2020 Rad. 68086.

Exp. 24 2021 00165 01

John Alexander Polanía contra Aracely Hernández Lozada.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.
3. **COSTAS** de primera instancia a cargo del demandante.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 27 2022 00143 01
Myriam Hincapie Chavarriaga Contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MYRIAM HINCAPIE CHAVARRIAGA CONTRA
LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad la sentencia dictada el 2 de abril de 2024 por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MYRIAM HINCAPIÉ CHAVARRIAGA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN, así como el posterior traslado a la AFP PORVENIR, por falta al deber de información. En consecuencia, solicita que se declare para todos los efectos legales que siempre estuvo afiliada en el RPM y se trasladen a

EXP. 27 2022 00143 01

Myriam Hincapié Chavarriaga Contra Colpensiones y otros.

COLPENSIONES de las sumas de dinero recibidas con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y los respectivos reajustes económicos (ver demanda folios 71 a 84 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones y en especial a que se declare la ineficacia del traslado de la demandante, con fundamento en que el traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se demuestra con el formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea. Sostiene que la afiliación estuvo precedida de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna en los términos del numeral 1 del artículo 97 y artículo 30 del Decreto 663 de 1993. Si bien existía un deber de información hacia los afiliados, para el momento de la afiliación de la demandante no le era exigible cumplir con el buen consejo y la doble asesoría, no era necesario hacer proyecciones pensionales, ni mucho menos explicar las ventajas de cada uno de los regímenes pensionales. No es posible restituir los gastos de administración y primas de seguros previsionales pagados, debido a que estos recursos ya no se encuentran en su poder, pues se les dio la destinación que por ley se les asigna. La demandante tuvo la posibilidad de informarse sobre las condiciones de los regímenes pensionales por sí misma, y dado que no cumplió con esa carga, está alegando su propia culpa a su favor, además tuvo la oportunidad de regresar al RPM en varias oportunidades y no lo hizo, en su lugar, continuó haciendo aportes al Régimen de Ahorro Individual. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de *prescripción*, *prescripción de la acción de nulidad*, *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 02 a 25 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLPENSIONES se opuso también a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, con el argumento de que no hay prueba alguna de que la demandante haya sido inducida en error por faltar al deber de información, ni tampoco de algún otro tipo de vicio del consentimiento. No hay evidencia alguna de nota de protesto donde se exprese su inconformidad con el acto de

EXP. 27 2022 00143 01

Myriam Hincapié Chavarriaga Contra Colpensiones y otros.

afiliación, sino todo lo contrario, pues se observa que las documentales están ajustadas a derecho, sin dejar en evidencia constreñimientos o presiones indebidas. La demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse. Formuló como excepciones las 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 excepción innominada o genérica* (ver folios 3 a 40 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia)

La AFP PROTECCIÓN se opuso igualmente a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Afirmó que la demandante recibió una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente para lo exigido en aquella época, sobre todo el sistema general de pensiones, las características y diferencias de cada régimen pensional, las formas para adquirir una pensión, así como las consecuencias de realizar el traslado de régimen entre otras. Aduce que el PROTECCIÓN realiza un estudio previo y particular para cada caso en concreto, además de contar sus asesores con la debida capacitación para realizar asesorías. En ese orden de ideas, la afiliación de la demandante a este fondo se dio de manera libre, voluntaria, espontánea y sin configurarse ningún vicio del consentimiento, lo cual quedó demostrado con la firma del formulario de vinculación inicial que constituye un verdadero contrato válido y existente entre la demandante y PROTECCIÓN S.A. La demandante contaba con múltiples oportunidades para trasladarse al Régimen de Prima Media y no lo hizo. Planteó como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, trasladado de aportes a la AFP PORVENIR S.A., traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros buena fe y la excepción genérica* (ver folios 3 a 31 del archivo 12 del expediente digital de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 2 de abril de 2024 mediante la cual la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la

EXP. 27 2022 00143 01

Myriam Hincapié Chavarriaga Contra Colpensiones y otros.

ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR y PROTECCIÓN no garantizaron una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*P*
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MYRIAM HINCAPIÉ CHAVARRIAGA 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y el que posteriormente realizó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 MYRIAM HINCAPIÉ CHAVARRIAGA 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: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora MYRIAM HINCAPIÉ CHAVARRIAGA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

EXP. 27 2022 00143 01

Myriam Hincapié Chavarriaga Contra Colpensiones y otros.

PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., así como actualizar su historia laboral para incluir las semanas que fueron cotizadas al régimen de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor del demandante.” (Audiencia virtual, récord 54:00, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia. Afirma que en ningún momento la demandante acreditó el supuesto engaño del cual fue víctima, no se demostró ningún vicio del consentimiento ni mucho menos el incumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados, contrario a ello en el proceso se aportaron los formularios de afiliación donde se encuentra la manifestación expresa, libre y voluntaria de la demandante de pertenecer al RAIS. Tampoco se evidencia nota de protesta alguna que demuestre la inconformidad por parte de la accionante al momento de la afiliación¹ (Audiencia virtual, récord 59:17, archivo 26, primera instancia).

¹ “Muchas gracias, señora juez. Teniendo en cuenta la sentencia condenatoria que acaba de dictar el despacho, me permito interponer y sustenta recurso de apelación contra la misma. Al respecto, tenemos que el honorable juzgado 27 laboral del circuito en la anterior providencia ordenó declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de la parte actora y en su lugar, tener a la acción ante, como afiliar al régimen de prima media con prestación, definida junto con el traslado por parte de las AFP accionadas de todos los soportes, cotizaciones juntos, rendimientos, entre otros conceptos causados en la cuenta de ahorro individual. Al respecto me permito manifestar que Colpensiones no comparte tal decisión, toda vez que como se indicó en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar el supuesto engaño pedido por la accionante y recibo por parte de los fondos privados, así como la falta de información al momento de la asesoría. Al ser este un asunto probatorio donde Colpensiones no tiene documentos que conoció, pues de la referida asesoría recibida por la parte actora, queda sujeto a aquello que las AFP del RISE logren demostrar esto respecto a su correspondiente gestión. Lo anterior acorde al Estatuto del consumidor, leyes y objetos que regulan la afiliación de los particulares al sistema régimen de con solidaridad. No obstante, lo anterior, si se llegan a revisar los formularios de afiliación y traslado firmados por la acción ante suscritos bajo la gravedad de juramento, en los mismos se encuentra la manifestación expresa que lo hizo libre de apremio y por su propia voluntad. Por tanto, en la afiliación de la parte actora al RAIS se hizo con el lleno de requisitos legales, y en dicha oportunidad no manifestó en el caso de retractar, la cual no puede ordenar su regreso automático a Colpensiones. Asimismo, dentro del expediente no habrá prueba alguna de que efectivamente, al accionar que se le hubiese hecho incurrir en error, falta del deber de la información por parte de las AFP que se esté en presencia de algún vicio de consentimiento, como el error pues o doble. De igual forma no se había dentro de los formularios de afiliación nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la accionante. Al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera y voluntaria, sin dejar observaciones sobre coer, coerciones o presiones indebidas. Listo los hechos de

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

la demanda, es fácil concluir con el presente asunto, no sea el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto, que en este caso es el contrato celebrado por la parte actora y las AFP hoy demandadas, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. De lo anterior, se deduce que si en esta decisión libre, voluntaria y sin presiones dentro de las oportunidades legales de accionante, pues nunca manifestó su deseo retractarse de la protección al RAIS, esto trae como resultado que debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones, que no fueron otras que regirse por las normas, procedimientos de requisitos establecidos para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Ojo que no es pretexto alegar después de tanto tiempo que son engañadas solo por el hecho de observar sus expectativas, fallidas, lo que significa que la vinculación a las administradoras del RAIS se ajustó a la ley, goza de pleno en total validez. He de concluir entonces que pues la accionante fundó en se fundó en el hecho de haber sido engañada por los asesores de los fondos privados a los cuales ha estado afiliado, y de conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del Código Civil, 167 del Código General del Proceso, le correspondía a la carga de aprobar dicha afirmación, lo que brillo por su ausencia en el presente caso. Lo anterior centrándonos en los hechos y pretensiones de la acción, se tienen que pues no estaban llamadas a prosperar por cuanto carecían de la reunión total de las exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS al RPM. De lo anterior, pues se solicita muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, que revoque la sentencia de proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas. ”

EXP. 27 2022 00143 01

Myriam Hincapie Chavarriaga Contra Colpensiones y otros.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 45² años de edad y había cotizado 153,71³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 años, 11 meses y 11 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada había pasado la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad- ver folio 03 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

² Nació el 26 de enero de 1964, folio 03 archivo 01.

³ Ver historia laboral de La Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público folios 56 a 58 archivo 09

⁴ Ibidem

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

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

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

EXP. 27 2022 00143 01

Myriam Hincapie Chavarriaga Contra Colpensiones y otros.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues COLMENA hoy PROTECCIÓN no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en

EXP. 27 2022 00143 01

Myriam Hincapie Chavarriaga Contra Colpensiones y otros.

que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que unos asesores acudieron a la clínica para la que trabajaba al momento del traslado, le aseguraron que el régimen privado da mejores ventajas y expectativas, además de ser más seguro porque no iba a desaparecer como si iba a suceder con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. También que iba a poder acceder a la pensión anticipadamente y con una mesada mayor. Indica que no le explicaron los requisitos para pensionar anticipadamente (Audiencia virtual 02 de abril de 2024 archivo 26, primera instancia).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo sumas adicionales de la

EXP. 27 2022 00143 01

Myriam Hincapié Chavarriaga Contra Colpensiones y otros.

aseguradora, traslado de dineros efectuados por la otra AFP, bonos pensionales, gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de esta y de PROTECCIÓN por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷) los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que impide compensar los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte, ambos conceptos deben ser devueltos.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

EXP. 27 2022 00143 01

Myriam Hincapie Chavarriaga Contra Colpensiones y otros.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO. PROCESO

**ORDINARIO DE ESTHER DUQUE PERDOMO, MARÍA
YOLANDA LAGOS MOJICA, AURA ALVAREZ NIÑO, EDELMIRA
QUIROGA, LUIS ENRIQUE PEREA QUIJANO Y CELEMERY VALENCIA
BOHÓRQUEZ CONTRA GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA – GELSA,
LOTERÍA DE BOGOTÁ Y LA ALCADÍA MAYOR DE BOGOTÁ.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada el 30 de agosto de 2023 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se perseguía la declaración de existencia de un contrato de trabajo con GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. y la responsabilidad solidaria de LOTERÍA DE BOGOTÁ y la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ESTHER DUQUE PERDOMO, MARÍA YOLANDA LAGOS MOJICA, AURA ALVAREZ NIÑO, EDELMIRA QUIROGA, LUIS ENRIQUE PEREA QUIJANO Y CELEMERY VALENCIA BOHÓRQUEZ presentaron demanda contra GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., LOTERÍA DE BOGOTÁ y la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que entre los demandantes y GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. existe un contrato de trabajo. En consecuencia, piden que se condene solidariamente a las demandadas a pagarles salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, dotaciones, aportes a seguridad social en salud y pensión, y la

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

pensión prevista en el artículo 267 del C.S.T, junto con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la sanción por no consignación de las cesantías.

Como fundamento de sus pretensiones afirman que laboran para GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA - GELSA como *colocadores de apuestas permanentes*, desarrollando funciones de distribución de chance, recargas, giros, astros, loterías en línea y baloto, a través del sistema electrónico, para lo cual suscribieron contratos sucesivos a término indefinido, el último referenciado con el código GCMR-R-11 VERSIÓN 5 regido *por la Ley 643 de 2001 y 1393 de 2010, artículo 13 de la Ley 50 de 1990, y contrato de concesión número 157 de 2011*, así: i) ESTER DUQUE PERDOMO ingresó el 1 de marzo de 1986, tiene asignada la zona No. 013702, código de trabajadora dependiente 3082 y carnet 15555, y su salario promedio mensual es de \$4.701.610; ii) MARIA YOLANDA LAGOS MOJICA ingresó a laborar el 1 de marzo de 1989, se encuentra asignada a la zona 2021, su código de trabajadora dependiente es el 002831 y su carnet es el “10039 y 5953”, su salario promedio mensual es de \$5.658.708; iii) AURA ROSA ÁLVAREZ NIÑO ingresó a laborar el 1 de marzo de 1998, está asignada a la zona No. 145, su código de trabajadora independientes es 0395586 y su carnet es el número 10693, y su salario promedio mensual es de \$7.094.143; iv) EDELMIRA QUIROGA QUIROGA ingresó a laborar el 1 de marzo de 1982, está asignada a la zona No. 20316, su código de trabajadora dependiente es el 160196 y su carnet es el No. 05821, y su salario promedio mensual es de \$8.036.650; v) MARIA CELEMERY VALENCIA BOHORQUEZ ingresó en marzo de 1997, está asignada a la zona No. 4107, su código de trabajadora dependiente es 052208, su carnet 06860 y su salario promedio mensual es de \$6.177.638; vi) LUIS ENRIQUE PEREA QUIJANO ingresó el 1 de marzo de 1991, tiene asignada la zona No. 6600, el código de trabajador dependiente 003563 y su carnet 10010, y su último salario promedio mensual es de \$5.658.708. Sostienen que la labor la han desempeñado de forma personal, atendiendo las instrucciones del empleador a través de supervisores, coordinadores y recaudadores de la venta diaria, y en cumplimiento del horario señalado; además, el vínculo permanece vigente desde la fecha de ingreso señalada. Informan que los supervisores los *acosan laboralmente con trato agresivo, amenazándolos con la desvinculación* si no cumplen con las largas jornadas, el trabajo en días domingos y festivos, así como otras funciones que no hacen

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

referencia alguna a los juegos de azar, y que se les ha desmejorado progresivamente la remuneración anunciada mediante comunicación del 26 de julio de 2013 (sic). Aseguran que informaron a la Lotería de Bogotá sobre las *irregularidades y omisiones*, en atención de lo cual el gerente mediante comunicación del 31 de julio de 2013 le ordenó al representante legal de GELSA que de manera inmediata *suspendiera la medida anunciada, frente a la obligación contractual del concesionario contenida en el numeral 24 de la Cláusula Séptima el contrato de Concesión No. 157 de 2011*, la cual no fue atendida por esa entidad. Manifiestan que acudieron a la acción constitucional, pero esta fue declarada improcedente por el Juzgado 40 Civil Municipal. Aseveran que el 11 de marzo de 2013, GELSA los dejó en *indefensión absoluta, sin remuneración*, al desaparecer las zonas que les habían sido asignadas y desactivar los sistemas electrónicos y sus códigos, con lo cual quedaron *desvinculados de la empresa sin el pago de todas las acreencias laborales*. Además, indican que se les disminuyó *la ínfima e injustificada contraprestación económica establecida en la cláusula quinta del contrato*, en la que se señala que *a título e ingresos mercantiles es un porcentaje de 27% del ingreso bruto* (ver demanda y su subsanación folios 3 a 44 archivo 01 y 5 a 51 archivo 02, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por las demandadas a través de apoderado judicial.

La LOTERÍA DE BOGOTÁ se opuso a las pretensiones con fundamento en que no existencia el derecho al no haber norma constitucional o legal que *estipule, consagre, reconozca y ordene* el reconocimiento de las acreencias laborales a personas que no tienen o han tenido vínculo laboral alguno con esa entidad. En ese sentido, explica que el 2 de noviembre de 2011 celebró con GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. el Contrato de Concesión No. 157 cuyo objeto es el *“otorgamiento de la CONCESIÓN para la operación del Juego de Apuestas Permanentes por parte de la LOTERÍA DE BOGOTÁ a la firma GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., para que por su cuenta y riesgo ejecute directamente el juego de apuestas permanentes o chance en Bogotá D.C., y en el Departamento de Cundinamarca, bajo control, fiscalización y Supervisión de la Entidad CONCEDENTE”*, por lo que la responsabilidad ante terceros es exclusiva del concesionario, dada la naturaleza del contrato, y no tiene responsabilidad alguna en los pagos reclamados. Propuso como

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

excepciones de fondo las que denominó: *inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para pedir, no configuración de derecho al pago de ninguna prestación salarial, buena fe* y la genérica (folios 84 a 93, archivo 02 primera instancia).

GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no existe relación laboral alguna con los demandantes. En ese sentido asegura que ESTHER DUQUE PERDOMO, EDELMIRA QUIROGA y MARIA CELEMERY VALENCIA BOHORQUEZ son colocadores independientes de apuestas –promotores- vendedores ambulantes y que MARIA YOLANDA LAGOS MOJICA, AURA ROSA ÁLVAREZ NIÑO y LUIS ENRIQUE PEREA también lo fueron pero ya no están activos en esta actividad, la cual, en todo caso, es o fue ejercida sin ningún tipo de subordinación por parte de esa empresa ya que sus ingresos mercantiles dependían de las ventas. Por otra parte, indicó que esa empresa solo es concesionaria para la operación del juego de apuestas permanentes chance, a partir del año 2007, y que la ley permite contratar en la modalidad de colocador independiente sin que el colocador esté sometidos a horario, jefes, llamados de atención, pues función con total independencia y la actividad la puede realizada desde cualquier lugar de Bogotá y Cundinamarca. Además, los demandantes como vendedores promotores o vendedores ambulantes cuentan con una red propia de ventas para obtener mayores ingresos, respecto de los cuales no tiene injerencia alguna, o tienen un local comercial cuyos gastos son asumidos por ellos mismos. Manifiesta que la LOTERÍA DE BOGOTÁ suscribió con esa empresa los contratos de concesión Nos. 055 de 2006, 157 de 2011 y 068 de 2016 para la operación del juego de apuestas permanentes chance en Bogotá y el Departamento de Cundinamarca y que las relaciones de la concedente y el concesionario se rigen por la Ley 643 de 2001 y sus decretos reglamentarios, con lo que se descarta cualquier tipo de solidaridad. Formuló como excepciones de mérito: *inexistencia de contrato laboral entre los demandantes y grupo empresarial en línea S.A., ineptitud de la demanda por falta de los requisitos necesarios para exigir lo pretendido sin que se reconozca la existencia de una relación laboral entre la demandante y mi representada, relación comercial, ausencia de legitimación por activa y por pasiva, prescripción, caducidad, cobro de lo no*

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

debido, buena fe de la empresa demandada, pago y genérica (folios 1 a 38 archivo 03, primera instancia).

Por auto del 18 de abril de 2018, el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por parte de la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ (folios 446 a 448, ibídem).

Dentro del término de traslado, la LOTERÍA DE BOGOTÁ llamó en garantía a CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES EN LIQUIDACIÓN (folios 136 a 139, archivo 02 primera instancia). El llamamiento se admitió por auto del 15 de febrero de 2015 (folio 288 ibídem.). No obstante, por auto el 13 de diciembre de 2017 se declaró su *ineficacia*, conforme a lo previsto en el artículo 66 del C.G.P., por no haberse surtido la notificación de la aseguradora (folios 418 a 422 ibíd.).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de agosto de 2023 mediante la cual el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión concluyó que, de la literalidad de los contratos de colocadores de apuestas independientes suscritos entre los demandantes y la sociedad GESTIÓN EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., no se advierte la *intención de una relación laboral*, y no se arrimó ningún elemento que permitiera desvirtuar los contratos comerciales relacionados con la gestión comercial diaria, ni que los demandantes debían cumplir horario o si estaban sometidos a una continua y permanente subordinación por parte de la demandada. Advirtió, además, que es la misma norma laboral la que permite la posibilidad de celebrar con los colocadores de apuestas contratos de tipo laboral y/o comercial sin que ello implique que, por el ejercicio de dichas actividades, en todos los casos sean contratos de trabajo, claro está, sin perjuicio de que cobre plenos efectos el principio de la primacía de la realidad o la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T. última que resultaba desvirtuada pues los demandantes ejercían su actividad por sus propios medios y no dependían de la demandada.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra del GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A.,*

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

LOTERÍA DE BOGOTÁ y la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ por parte de los demandantes, ESTHER DUQUE PERDOMO, MARÍA YOLANDA LAGOS MOJICA, LAURA ÁLVAREZ NIÑO, ELVIRA QUIROGA, LUIS ENRIQUE PÉREZ QUIJANO y MARÍA CELEMERY VALENCIA BOHÓRQUEZ, todo conforme se expuso en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción formulada por el GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., que denominó inexistencia de contrato laboral entre los demandantes y el GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. TERCERO: Las COSTAS de esta instancia están a cargo de la parte demandante, señalándose como agencias en derecho la suma de \$300.000 a cargo de cada uno de los demandantes y a favor de cada una de las demandadas. CUARTO: Si esta sentencia no fuera apelada, se deberá consultar con el superior en cuanto le resultó adversa a los intereses de los demandantes” (Audiencia virtual, archivo 12, récord 27:58).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de los DEMANDANTES alega que debió tenerse en cuenta lo dicho por el representante legal de GELSA de que ellos eran promotores y vendedores independientes ambulantes, actividad esta última por la cual debían tener vínculo directo con la compañía. Además, como debían reportar diariamente sus ventas, pues de no hacerlo se les suspendían sus códigos a efectos de asegurar la transferencia de los recursos, y tenían la obligación de portar carnés, era clara la subordinación. Asimismo, aduce que deben analizarse los interrogatorios de parte absueltos por los demandantes sobre cómo su actividad no era exclusiva e independiente, sino que dependían de jefes. Con relación a los testimonios de la parte demandada, asegura que estos no pueden ser tenidos en cuenta dada la relación de dependencia de los deponentes con la compañía GESTIÓN EMPRESARIA EN LÍNEA, condición que les impide declarar en contra de su empleador. De otro lado, indica que no se tuvo en cuenta en cuenta que los demandantes recibían dotación anual como chalecos, gorras, blusas, etc., que los identificaban como empleados de GELSA S.A., y que debían entregar diariamente en las instalaciones de esa empresa el producido de las ventas; adicionalmente, como se probó la prestación personal del servicio se debía presumir la naturaleza laboral del vínculo conforme la jurisprudencia y la doctrina en la que se sustenta el principio de la primacía de la realidad. Menciona también que los colocadores

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

de apuestas independientes deben inscribirse en el registro público nacional de vendedores de juegos de suerte y azar, pero no se acreditó dicha inscripción, que las comisiones por ventas recibidas son salario a la luz del artículo 127 del C.S.T., que lo único que los vincula con la empresa es su fuerza de trabajo, que la subordinación también se denota del hecho de que hayan recibido capacitaciones, y que de los contratos no se puede concluir categóricamente que eran autónomos pues se trata de manifestaciones pre impresas en los que no tuvieron ningún margen de negociación y, en todo caso, carecían de una estructura empresarial o medios de producción y recursos económicos y tecnológicos para desarrollar la labor de manera autónoma¹ (Audiencia virtual, archivo 12, récord 29:19).

¹ “Muy amable su señoría. Por no estar de acuerdo con la decisión que usted acaba de tomar, por considerar que no se realizaron ni se apreciaron las pruebas aportadas los interrogatorios y los testimonios de una manera amplia y como lo exige la ley por esas razones interpongo recurso de apelación y lo sustentare en el momento en que usted me indique.

Sería inicialmente hablar de la apreciación de las pruebas se dice en la sentencia que no estuvo demostrada la relación que existió o que no hubo una relación laboral, sino que por el contrario fue una relación de tipo comercial decisión que fundamentalmente se tomó basado en los interrogatorios de parte y los testimonios practicados en el presente asunto es importante hablar inicialmente del interrogatorio de parte realizado al representante legal de GELSA S.A., en donde podemos apreciar que en el interrogatorio realizado al representante legal de GELSA S.A. él dijo que sí conocía a todos los demandantes por varias razones que el vínculo contractual, según él, era un vínculo mercantil, pero dijo, claramente abro comillas el colocador independiente ambulante, que es solo que es independiente, tiene vínculo directo con la compañía cierro comillas, lo que quiere decir que si estas personas, aparte de ser promotores, eran vendedores independientes ambulantes, tenían un contrato o un vínculo directo con la compañía palabras de él los demandantes, además de colocadores de apuestas, eran promotores independientes eso lo afirmó claramente él decía que se entregaban diariamente, entonces dice claramente abro comillas, tenían que entregar diariamente el valor que le corresponde por esas ventas cuando esas personas no cumplían con esa obligación de diariamente hacer los abonos a los pagos de la venta, la compañía tenía contractualmente establecidos unos mecanismos para suspender esos códigos que ellas tenían para efectos de asegurar la transferencia de los recursos o sea, no eran independientes, eran dependientes, había una subordinación. De igual forma habló de 3 tipos de contrato, el contrato laboral y comercial al que la doctora ya hizo referencia en su sentencia y donde decía de que prácticamente a ellos le restaría un contrato comercial cuando efectivamente, con estas mismas palabras, lo que se figura es uno de los requisitos para que sea un contrato laboral al preguntársele sobre la demarcación de las zonas, o sea, que porque ellos demarcaba en unas zonas, dice que era materialmente imposible hacer zonas y dice que son códigos de las máquinas y lo de las zonas lo asimila él, a los códigos de las máquinas y los códigos de los trabajadores independientes que figuraban decía que es obligación y que los carnets también es una obligación legal, pero los carnets también decían que eran trabajadores dependientes. eso en el sentido del interrogatorio de parte del representante legal ahora bien, teniendo en cuenta los testimonios que su señoría logra analizar en la sentencia, veo que se toman algunas situaciones de cada uno de ellos pero hay algunas que nos interesan a nosotros que se sepan porque están a favor de los demandantes dice doña Esther Duque Perdomo en el momento en que le dicen que dónde ejercía en el centro y cuando habla de que le quitaran la promotoría dice claramente que ella seguía como vendedora, o sea, ella fue promotora, pero también hasta el último momento fue vendedora, lo que significa que trabajaba sola por eso me refiero al testimonio o al interrogatorio de parte que rindió el representante legal que decía que si era sola y trabajaba como vendedora, pues dependía directamente de la compañía y al quitársele la promotoría, pues quedaron directos a la empresa, es lo que dice ella, cuando me quitaron la promotoría quedamos directos en la empresa seguí de vendedora ambulante también cuando hablaba de las zonas que si eran zonas de cada una, entonces ella contesta que ejercía en el centro, no me podía ir a otra zona diferente y nadie de otra zona podía vender en la mía, o sea, la zona las determinaba quién, no la promotora no el vendedor o vendedora

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

las determinaba la empresa contratante y cuando le preguntaron de los ingresos y cómo sacaba los ingresos, ella decía que tenía que entregar diariamente y a 1 hora determinada no era a la hora que ella quisiera ir ahora bien en el testimonio de María Yolanda Lagos Claro, ella tenía dos carnet como ella misma lo dice, el carnet de promotora y también tenía carnet de vendedora, o sea, si era vendedora y trabajaba sola e independiente, pues dependía directamente de GELSA S.A. ella dice claramente aquí que le hacían el pago quincenal que quién le hacía ese pago o quién le paga ese porcentaje que era un analista entonces también dice que si no vendía le llamaba la atención el jefe ella tenía jefes no era independiente tenía un jefe que en un momento era una persona determinada y después se la cambiaron y tan cierto es eso que ella dice que como promotora le pagaban un sueldo aparte y como vendedora le pagaban otro sueldo aparte entonces estamos hablando de que ella no habla de comisiones habla de sueldo. Igualmente, y doña Aura Álvarez Niño al preguntársele o al hacer su relato, su testimonio decía, teníamos personas a las cuales debíamos rendirle cuentas o sea, no era una persona independiente en el testimonio de Edelmira Quiroga dice, y como promotora tenía una red de vendedores, yo también era vendedora, si era vendedora, si ya no tenía promotor, una red de vendedores, pues lógicamente era dependiente directa de la empresa GELSA S.A. En el caso de Luis Enrique Perea, dice, teníamos que cumplir un horario todos los días, palabras de él cumplía para efectos de las máquinas, cumplir un horario de 9 a 10 de la mañana todos los días para entregar las cuentas teníamos un jefe que nos mandaba nombró a Ana María, nombró a Magaly y nombró a Santiago Barreto y dijo que aparte de ellos, también había otras personas, o sea, tuvo varios jefes que eran empleados de GELSA y él también pertenecía a GELSA démonos cuenta también que él tuvo un local, una cigarrería y que el arriendo lo pagó 50% la empresa y 50% el Luis Enrique Perea cuando se le pregunta en los ingresos, él dice que los pagos eran mensuales o diarios, o sea, no siempre eran diarios tampoco siempre eran mensuales, pero habían pagos mensuales que se asemejaban a un salario y en un momento del año 2014, cuando intentaron que ellos se retiraran como promotores, pues le ofrecieron 14.800.000 pesos, que él no aceptó para que se retirara de la compañía también es cierto, firmaba muchos contratos, pero nunca se los entregaban entonces por ese mismo motivo no aparece dentro de este expediente un contrato de Luis Enrique Perea, ni tampoco los demandados lo aportaron. María Celemary también dice que tenía un jefe y lo nombra, dice que César Loaiza y que también otro que fue un analista que era Adriana Méndez donde había la independencia si tenían que rendir cuentas a otras personas que ella también era promotora y vendedora, pues sí, era vendedora, entonces también tenía la calidad y los beneficios, llamémoslo así, de ser una dependiente de GELSA S.A. había exclusividad. Ahora miremos otra cosa, eso con respecto a los interrogatorios de parte con respecto a los testimonios rendidos por la parte demandada entonces hay que tener en cuenta realmente que todos los testimonios recaudados por la parte demandante son de trabajadores de la empresa y por lógica, por sustracción de materia, ellos no van a declarar en contra de sus de su empleador por su misma condición, aunque fueron tachados de sospechoso por este apoderado y por ese motivo no pueden ofrecer suficiente credibilidad con las solas manifestaciones de los testigos empleados de la sociedad demandada, no se desvirtúa la presunción de contrato de trabajo y, por tanto, de labor subordinada que realmente opera a favor de los demandados hay que tener en cuenta también muchas cosas su señoría, por ejemplo, la demandada suministraba dotación anual usted no hablo de ese tema en la sentencia consistente en chaleco, gorras, blusas, etcétera según ellos, para identificación, pero como empleados de GELSA S.A. se les impuso a todos ellos una obligación de entregar sus instalaciones diariamente, el producido de las ventas además, nunca se le han reconocido los conceptos que aquí pretendemos y por eso lo estamos reclamando tenga en cuenta que tampoco nunca los afiliaron a la seguridad social considera este apoderado que nosotros, que el apoderado de los accionistas y los accionistas probaron la prestación personal de servicio razón por la cual se debe presumir la naturaleza laboral del vínculo acá encontramos claramente lo que la doctrina, la jurisprudencia denominaba un contrato realidad que se sustenta en el principio de la primacía de la realidad ya que existe discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos aportados por la demandada GELSA S.A. o sea, opera a favor de todos los demandantes en la presunción prevista en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo tengamos en cuenta también que la demandada, GELSA era dueña de todo el material talonario de máquinas y lo demás elementos que usaron los demandantes para el desarrollo de la labor ordenada y encomendada por GELSA S.A., existieron varios y diferentes supervisores que ordenaban y coordinaba las labores a realizar por quiénes por los dependientes, vendedores y supervisores o vendedoras, pero recibían órdenes, por lo tanto, existe una prestación personal del servicio, existió subordinación, existió retribución económica directa por la prestación de este servicio tengamos en cuenta que el grupo empresarial en línea GELSA fue la única beneficiaria de los servicios prestados por los demandantes exigía exclusividad en la prestación del servicio eran colocadores de apuestas dependientes en relación a que existía esa exclusividad los

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

colocadores de apuestas independientes deben inscribirse en el registro público nacional de vendedores de juegos de suerte y azar, y también deben estar registrados por el operador hasta el concedente del contrato lo que aquí no se demostró por parte de la demandada, GELSA, o sea, nunca los inscribieron en el registro público nacional de vendedores de juegos de suerte y azar, cuando era obligación para demostrar que eran externos, y también debían estar registrados por el operador ante el concedente aquí no se demostró que estuvieran registrados allá es realmente sí existía control de GELSA en la relación de trabajo con sus supervisores y con el recaudo de los dineros recibidos en forma permanente su señoría, aquí también se cumplen los indicios que llevan a concluir en las subordinación propia del contrato de trabajo por los siguientes hechos primero la prestación del servicio según control y supervisión de otra persona, como lo señalé anteriormente segundo, cierta o total continuidad en el trabajo, la cual se desprende del tiempo que duraron las diferentes relaciones de trabajo que unió a las partes y que se prorrogaron por 20, 25 o 30 años tercero, la realización de la labor de trabajo en las zonas definidas por el beneficiario del servicio, que era exclusivamente GELSA, cuarto, el suministro de herramientas y materiales....

En el hecho de que haya un solo beneficiario de los servicios, ya que está demostrado y pactado contractualmente que el servicio personal de los demandantes se contrata por y para GELSA S.A. la terminación libre del contrato, o sea, que no existía ninguna consecuencia económica para la terminación del contrato por parte de la empresa hay que tener en cuenta que en los contratos se coloca o se consagra que el colocador independiente tiene autonomía técnica, administrativa, financiera y operacional pero ella en la realidad de los hechos, no está demostrada, sino todo lo contrario, que todo el proceso o estructura está diseñado y preparado por GELSA S.A., siendo la realidad o siendo más bien en la realidad que lo único que vincula a los demandantes es su fuerza de trabajo, que es remunerada por comisión, que conforme el artículo 127 del código sustantivo del trabajo, constituye un salario. Otro elemento que denota la subordinación es el hecho de que los demandantes hayan recibido capacitaciones no solo para entrar a laborar como colocadores de apuestas, sino en el desarrollo de los contratos, ya que si se tratara de un contrato comercial de carácter independiente, se contrata a quien conoce y es apto para desarrollar una labor comercial con plena autonomía técnica, financiera y administrativa nótese además que los contratos suscritos no permiten concluir categóricamente que los demandantes eran autónomos o completamente independientes, como lo aduce la apoderada de la demandada. los mismos corresponden a formatos con manifestaciones pre impresas, en los cuales los demandantes solo diligenciaban unos espacios en blanco, de lo cual se infiere el poco margen de negociación de aquellos en torno al acuerdo comercial o comercial y que su poder dispositivo solo se limitaba a adherirse a dichos convenios, más aún cuando dadas las particularidades de la actividad regulada en comento, corresponde a los concesionarios definir la mayoría de los aspectos en la operación de estas actividades en conclusión, los medios de prueba obrantes al proceso evidencian que la posible coordinación que correspondía a la sociedad demandada en la ejecución del contrato derivó en las subordinación propia del contrato de trabajo, dado que para una actividad que se desarrolló de forma permanente suministró los medios y herramientas para su realización y era la única beneficiaria del servicio sin que los aquí demandantes hayan sido verdaderos independientes, dado que en este caso carecían de un negocio propio, carecían de una estructura empresarial o medios de producción y recursos económicos y tecnológicos para desarrollar la labor de una manera autónoma en general lo que yo le pido a su señoría y a su superior en el estudio del recurso de reposición (sic) es que le demos aplicación a la sentencia 3695 del 2021 del 4 de agosto de 2021, de la Corte Suprema de Justicia, que creo que ya hicieron referencia a ella en el sentido de que la relación con la empresa no fue de coordinación, sino que fue subordinación que es un trabajo con vínculo laboral y no de forma independiente por lo tanto, hay una relación de subordinación y dice claramente la sentencia que la comercialización de apuestas permanentes a través de personas naturales corresponde a un trabajo personal salvo que el convenio existente entre las partes establezca lo contrario y que en tal acuerdo se autorice a terceros diferentes a la gente colocador a realizar dichas actividades a su nombre. Asimismo, la venta de chance o colocación de apuestas permanentes no es distinta a todas las labores que implican la ejecución de actividades personales y por tanto, está cobijada por la citada presunción que como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo otorga un alivio probatorio al trabajador al permitirle que una vez acrediten la ejecución personal de un servicio, se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral y en contraste exige al demandado desvirtuar el hecho presumido a través de los elementos de convicción que demuestren que el servicio se ejecutó de manera independiente autónoma, cosa que aquí no sucedió aquí no se demostraron no se demostró ni se desvirtuó el hecho presumido como concepto realidad en estos términos, dejó sustentado mi apelación ante el superior, quedando inspección para complementarla en la segunda instancia muy amable su señoría, gracias”.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si (i) se acreditó o no la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y la demandada GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A.; y en dado caso, si procede el pago de ii) salarios, prestaciones sociales, dotación y aportes a seguridad social a salud y pensión, pensión sanción, y las sanciones moratorias previstas en el artículo 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50 de 1990.

(i) CONTRATO REALIDAD – EXTREMOS: Para resolver esta parte de la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST.

El primero define al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”. El segundo (artículo 23) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos), y el salario. Una vez reunidos estos elementos -dice el mismo artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De ésta última norma y del artículo 24 del código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* se presume regida por contrato de trabajo, lo que -en aplicación del artículo 167 del CGP- invierte las cargas probatorias del proceso.

En consecuencia, si el demandante en el proceso laboral reclama la existencia de un contrato de trabajo, prueba que prestó de forma continua y personal un servicio (hecho causal de la presunción), la ley *entiende* que éste se ejecutó mediante contrato de trabajo, es decir bajo subordinación, y corresponderá al

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

demandado la carga de probar que no existió este último elemento: la subordinación.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, pues los demandantes no cumplieron con la carga de demostrar de manera *fehaciente* la prestación de un servicio personal en favor de GESTIÓN EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A.

Los elementos de prueba recaudados en el trámite evidencian que estos laboraban en beneficio propio, como *colocadores independientes promotores de apuestas permanentes*, y en periodos diferentes a los señalados en la demanda.

Por ello no operó la presunción de existencia de un contrato de trabajo.

Al respecto, al absolver el interrogatorio de parte, los demandantes ESTHER DUQUE PERDOMO², MARÍA YOLANDA LAGOS³, AURA ÁLVAREZ NIÑO⁴, EDELMIRA QUIROGA⁵, LUIS ENRIQUE PEREA⁶ y MARÍA CELEMERY VALENCIA BOHORQUEZ⁷ fueron claros en indicar que desarrollaron la actividad de venta de chance por más de 20 años a través de diferentes empresas -no solo de GELSA-, dijeron que por algún periodo -sin especificar cuál- se desempeñaron como promotores, por lo que tenían a su cargo una red de vendedores ambulantes que eran contratados por ellos mismos, sin intervención de GELSA S.A. a quienes se les cancelaba un porcentaje sobre la venta, en lo que tampoco interfería esa compañía, situación que no les impedía efectuar directamente la venta de los productos, también como vendedores ambulantes, lo que les dejaba un mayor porcentaje de comisión.

Adicionalmente, MARIA YOLANDA LAGOS en su caso particular, señaló que actualmente no se desempeña como vendedora ambulante sino como *TAT* en su propio establecimiento, siendo ella quien paga el arriendo y los servicios del local, y MARIA CELEMERY VALENCIA BOHÓRQUEZ dijo que como promotora tenía un local y que asumió directamente los gastos del mismo.

² Audiencia del 19 de mayo de 2023, archivo 10 primera instancia, récord 26:07

³ Audiencia del 19 de mayo de 2023, archivo 10 primera instancia, récord 38:39.

⁴ Audiencia del 19 de mayo de 2023, archivo 10 primera instancia, récord 54:18.

⁵ Audiencia del 19 de mayo de 2023, archivo 10 primera instancia, récord 1:07:47.

⁶ Audiencia del 19 de mayo de 2023, archivo 10 primera instancia, récord 1:15:57

⁷ Audiencia del 19 de mayo de 2023, archivo 10 primera instancia, récord 1:26:31.

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

Así las cosas, resulta ciertamente dudosa la existencia de un servicio de los demandantes en favor de las demandadas, y claramente inexistente el servicio *personal*, pues la actividad la podían desarrollar los demandantes a través de terceros, lo que se demostró ocurrido con algunos de ellos.

Sobre este aspecto (servicio *personal* y sobre ausencia de *subordinación*), los testigos JOSE RICARDO ANAYA GÓMEZ⁸ -Director Comercial de GELSA S.A. desde el 2006-, LUZ ADRIANA VILLAMIL BECERRA⁹ -Administradora de Zona desde 2004-, CÉSAR AUGUSTO LOAIZA AGUDELO¹⁰ -Director Comercial Regional Suroccidente-, DARWIN BARRERA MARTÍNEZ¹¹ fueron contestes en señalar que los demandantes trabajan como colocadores independientes de apuestas permanentes y promotoría, quienes en virtud de contratos comerciales venden chance de manera ambulante y se benefician de unas comisiones. Además, como promotores, tienen una red de vendedores a quienes les pagan directamente, ellos mismos manejaban las comisiones. No cumplen horario, no están sujetos a órdenes, no tenían un jefe, no reciben llamados de atención, podían vender productos diferentes a los de su portafolio y ejercer la actividad en cualquier sitio de Bogotá y Cundinamarca, y la remuneración se obtiene de la actividad que realizan como un porcentaje del valor de las ventas. No prestan servicios en establecimientos de la empresa y los ingresos los descuentan ellos mismos de las ventas. Si bien se tacharon de parciales estos testimonios por estar laborando para la demandada, la declaración luce espontánea y veraz, y resulta útil para dilucidar la forma como se contratan servicios como los que prestaron los demandantes.

Al plenario se allegaron adicionalmente las copias de los contratos denominados *contrato comercial de colocador de apuestas permanentes independientes*, suscritos por los demandantes ESTHER DUQUE PERDOMO, MARIA YOLANDA LAGOS MOJICA, AURA ALVAREZ NIÑO, EDELMIRA QUIROGA Y CELEMERY VALENCIA BOHÓRQUEZ (folios 194 a 199, 243 a 249, 294 a 299, 300 a 305, 346 a 351, 398 a 404), cuyas cláusulas primera, segunda y quinta, corroboran lo señalado por los testigos.

⁸ Audiencia del 19 de mayo de 2023, archivo 10 primera instancia, récord 1:44:03.

⁹ Audiencia del 19 de mayo de 2023, archivo 10 primera instancia, récord 1:59:36

¹⁰ Audiencia del 19 de mayo de 2023, archivo 10 primera instancia, récord 2:09:13

¹¹ Audiencia del 19 de mayo de 2023, archivo 10 primera instancia, récord 2:22:20.

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

No se desvirtúan las conclusiones señaladas con los interrogatorios de parte absueltos por los demandantes, en los que manifestaron que debían cumplir órdenes y que tenían jefes, pues no les es dado valerse de sus propias afirmaciones como prueba de los hechos que afirmaron en la demanda.

Obran además como indicios en contra de los hechos que se afirman ocurridos en la demanda: el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada (45 a 115, archivo 01 primera instancia) del cual se evidencia que fue creada el 6 de noviembre de 2002, fecha que hace imposibles los extremos iniciales alegado en el libelo (afirman haber trabajado para esa compañía desde los años 1986, 1989, 1998, 1982, 1997 y 1991 respectivamente). Debe precisarse en esta materia, que ninguna prueba se allegó de la existencia de obligaciones en la sociedad GESTIÓN EMPRESARIAL EN LÍNEA por contratos de trabajo que se hubieran ejecutado con anterioridad al año 2002 en favor de terceros, pues no se demostraron las condiciones que la ley define en el artículo 67 del CST para una *sustitución patronal*. Adicionalmente, el pago diario de las sumas recaudadas producto de la venta de apuestas que los demandantes debían realizar a GELSA correspondía apenas al cumplimiento de una de las obligaciones del contrato mercantil en el que, valga decir, se autorizó el bloqueo del *sistema transaccional en todos los equipos tecnológicos entregados y la entrega o venta de formularios oficiales* ante el incumplimiento de dicha obligación (numeral 20, cláusula tercera), que no conllevan inexorablemente a concluir la presencia de subordinación. De acuerdo con el testigo DARWIN BARRERA MARTÍNEZ, este control se hace necesario por tratarse de recursos que van directamente al sistema de salud.

Contrario a lo que se sostiene en el recurso, no se aportó ningún medio probatorio que de cuenta que la demandada GELSA S.A. suministrara dotación a los demandantes.

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

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

Exp. 28 2014 00664 01

Esther Duque Perdomo y otros contra Grupo Empresarial en Línea S.A. y otro.

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas de segunda instancia la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$1.800.000) como agencias en derecho a cargo de la parte demandante.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CLEMENCIA BARRERA SANTOS CONTRA
DIMA JUGUETES S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y el agente del ministerio público, contra la sentencia dictada el 02 de octubre de 2023 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de mayo de 2005 y el 6 de mayo de 2013 y se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra con las cuales se procuraba la reliquidación de acreencias laborales, aportes al sistema general de seguridad social integral, salarios, el pago de indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CLEMENCIA BARRERA SANTOS presentó demanda contra DIMA JUGUETES S.A.S., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1 de julio de 1992 hasta el 18 de julio de 2017 el cual terminó sin justa causa, y se condene a la demandada a reliquidar, teniendo en cuenta las comisiones causadas los salarios, las primas de servicios, las cesantías, los intereses a las cesantías, las vacaciones, los aportes al sistema de seguridad social en salud pensión y riesgos laborales, causados en vigencia de la relación laboral, y se ordene su pago junto con la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria, la indemnización por despido sin justa causa, y la indexación de las condenas.

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que el 1 de julio de 1992 celebró contrato verbal de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de asesora comercial y la demandada definió una remuneración mensual por comisiones equivalente al 4% de las ventas, que en promedio para el año 1992 ascendieron a la suma de \$666.666, debiendo asistir a sus instalaciones entre las 8:00am y las 6:00pm de lunes a viernes y algunos sábados, le suministraba útiles de trabajo, escritorio, teléfono; el valor de las comisiones para el año 1993 fue de \$1.500.000 y no se le afilió a salud, pensión, ni riesgos laborales, tampoco se reconocieron prestaciones sociales y vacaciones por el período transcurrido entre el 1 de julio de 1992 y el 30 de abril de 2005. El 1 de mayo de 2005 la demandada la contrató para el cargo de gerente de ventas institucionales con salario de \$1.500.000 más comisiones por ventas. El 6 de junio de 2007, en el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, la demandada le hizo firmar una conciliación de los derechos causados hasta el 30 de abril de 2005 como condición para que continuara en el empleo, y desde mayo de 2005 fue afiliada al sistema de seguridad social pero se hicieron cotizaciones sobre el salario básico sin incluir las comisiones recibidas, igual ocurrió con las prestaciones sociales del año 2005 liquidadas con el salario básico de \$1.500.000 y no con lo recibido que fue \$5.875.000. Indica que el 28 de junio de 2006 la demandada canceló por auxilios de transporte de 2005 la suma de \$8.000.000 y en el año 2006 la demandada pagaba un porcentaje sobre ventas, incentivos y comisiones por cumplimiento de metas de lo cual se derivó un salario mensual promedio de \$7.375.000. El 31 de agosto de 2007 solicitó un préstamo a la demandada por valor de \$10.000.000 que le fue girado el mismo día. En el año 2008 la demandada mantuvo el salario básico por valor de \$1.700.000 que se incrementó a partir del 1 de mayo a \$1.800.000 manteniendo el porcentaje de comisiones, incentivos y cumplimiento de metas con promedio mensual de \$10.000.000 para un total de \$11.800.000; en el año 2009 la demandada le reajustó el salario básico en la suma de \$700.000 cancelados fuera de nómina para un total de \$2.500.000, manteniendo el porcentaje de comisiones, incentivos y cumplimiento de metas. Solicitó a la demandada el disfrute de vacaciones por el periodo del 1 de mayo de 2006 al 30 de abril de 2007 las cuales se liquidaron con el salario básico. Para el año 2010 la demandada mantuvo el salario básico en \$2.500.000 manteniendo el porcentaje de comisiones, incentivos y cumplimiento de metas. Afirma que para que la demandada le cancelara el ajuste de los salarios básicos del segundo semestre de 2010 tenía que presentar por fuera de nómina cuentas de cobro.

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

Para los años 2011, 2012 y 2013 se le incrementó el salario básico a \$2.808.750 y se mantuvo el porcentaje de comisiones, incentivos y cumplimiento de metas por valor de \$10.000.000. El 6 de mayo de 2013 la demandada le hizo firmar un acuerdo de transacción y terminación de contrato de trabajo omitiendo incluir el verdadero salario. La demandada le notificó el 27 de mayo de 2013 la liquidación de contrato de trabajo en la cual tomó como salario base de liquidación la suma de \$2.949.200 y no lo recibido promedio de \$12.808.750. La demandada le hizo firmar el 7 de mayo de 2013 un contrato de agencia mercantil con el que continuó desempeñándose como ejecutiva de ventas con las mismas funciones que venía desempeñando como gerente de ventas institucionales y el 14 de junio de 2013 le notificó otra liquidación de su contrato de trabajo en la cual vuelve a tomar como base el salario básico y no el salario total con comisiones. Para que la demandada cancelara las comisiones del año 2013 debió presentar el 31 de octubre de 2014 cuenta de cobro y la demandada entregó un resumen parcial de las ventas de 2014, 2015 y 2016 del cual se aprecia que sus comisiones fueron de un promedio mensual de \$12.808.750. El 7 de mayo de 2015 la demandada presentó una propuesta de cuenta de cobro por las comisiones que había dejado de pagar de los años 2014 a 2017. El año 2017 la demandada decidió de manera unilateral modificar las cláusulas del contrato reduciendo las comisiones pactadas y los clientes habituales, de igual manera mantuvo sus comisiones en promedio mensual de \$12.808.750. El 18 de julio de 2017 pretendió que se firmara un descuento de \$17.000.000 el cual se negó aceptar, y de manera verbal, unilateral y sin justificación decidió terminar el contrato de trabajo ese mismo día. El 31 de julio de 2017 le expidió certificación laboral en la cual indicó que entre 1993 y el año 2005 tuvo un contrato de prestación de servicios y no hizo referencia al salario devengado. El 14 de agosto de 2017 solicitó el pago de las comisiones de trabajo adeudadas desde 2014 a 2016 y una venta del 2017. Considera que para la fecha de presentación de la demanda se adeudan por comisiones \$53.000.000, suma que incluyó en la cuenta de cobro enviada el 25 de julio de 2017 (folios 1 a 9 del archivo 03 primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, la demandada la contestó a través de apoderado para la litis. Aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que desde el año 1993 hasta el año 2005 contrató a la demandante para que con autonomía y de forma discontinua vendiera los productos de la compañía en las temporadas de fin de año, y pago por ello comisiones sobre ventas como honorarios. Desde el 1º de mayo de 2005

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

vinculó a la demandante como trabajadora en el cargo de Directora de Ventas Institucional y para precaver cualquier conflicto frente a la relación autónoma que venía ejecutando hasta esa fecha celebró una conciliación que suscribió y aceptó la demandante. Desde el año 2013 y por iniciativa de la misma demandante que buscaba autonomía en el manejo de su tiempo, se acordó el 6 de mayo de 2013 la terminación del contrato de trabajo, y se ejecutó con ella entre el 7 de mayo de 2013 y el 18 de julio de 2017 un contrato de agencia comercial, el cual terminó por mutuo acuerdo de las partes. Aduce que las pruebas aportadas con la demanda no acreditan el derecho al pago de comisiones, y que en virtud de los vínculos ejecutados con la demandante se reconocieron y pagaron los derechos que legal y contractualmente se causaron en su favor. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *cosa juzgada, validez de la transacción laboral, cobro de lo no debido y ausencia de causa para pedir, compensación, prescripción y buena fe* (folios 46 a 54, archivo 15 primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 02 de octubre de 2023, mediante la cual el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de mayo de 2005 y el 6 de mayo de 2013, y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas. Para tomar su decisión no encontró probada una relación de trabajo entre los años de 1992 al 2005, lo que no se acredita con la conciliación celebrada en el año 2007 pues lo manifestado por la actora fue precisamente que prestó sus servicios como contratista. Frente al segundo periodo contractual, entre el 1 de Mayo de 2005 y el 6 de mayo de 2013, concluyó la existencia del contrato de trabajo con la demandante primero como directora de ventas institucionales hasta el año 2011 y posteriormente como gerente de ventas canal institucional y absolvió del pago de la indemnización por despido por no acreditarse la terminación unilateral del contrato, y de la reliquidación de prestaciones sociales afirmando que ellas se *causaron en virtud del contrato de agencia comercial* no del laboral y fueron pagadas según lo aceptó la misma demandante. Frente al tercer periodo contractual que va del 6 de mayo de 2013 al 18 de julio de 2017 *no se desvirtuó* que el mismo estuviera regido por una relación de orden comercial.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR entre la demandante la señora CLEMENCIA

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

BARRERA SANTOS y la sociedad DIMA JUGUETES S.A.S, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 7 de mayo de 2013 hasta el 18 de julio de 2017, conforme se explicó en la parte considerativa de esta sentencia. SEGUNDO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de DIMA JUGUETES S.A.S, por parte de la señora CLEMENCIA BARRERA SANTOS. TERCERO: DECLARAR probada la excepción formulada por el extremo demandado que denominó cobro de lo no debido y ausencia de causa para pedir. CUARTO: las costas de esta instancia están a cargo de la demandante. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 de pesos. QUINTO: Si no fuera apelada la presente decisión, se habrá de consultar con el superior en cuanto le resultó totalmente adversa a los intereses económicos de la demandante” (Audiencia virtual, archivo 52, récord 1:20 primera instancia). Frente a la cual se aclaró (Audiencia virtual, archivo 52, récord 1:33:07 primera instancia) que para todos los efectos legales se debe tener en cuenta que los extremos temporales del contrato de trabajo corresponden al periodo transcurrido entre el 1 de mayo de 2005 y el 6 de mayo de 2013 (Audiencia virtual, archivo 52, récord 1:34:58 primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la DEMANDANTE y el PROCURADOR 7º JUDICIAL 1º para asuntos del trabajo y la seguridad social interpusieron recursos de apelación.

En el recurso la DEMANDANTE, aduce que se encuentra acreditado con la prueba documental los testimonios y el interrogatorio de parte, la existencia de un contrato de trabajo continuo desde el año 1992 que estuvo simulado con un contrato de agencia comercial, pues era la demandada quién definía cuáles eran los clientes que debía visitar, los porcentajes que pagaba por comisiones de sus ventas recaudos y por el cumplimiento de metas, además el representante legal de la demandada confesó cual era el salario básico de la demandante y reconoció que las comisiones no fueron tenidas en cuenta la momento de realizar los aportes a seguridad social entre los años 2005 y 2013. Con la prueba documental se acredita que la demandante fue presionada a renunciar hasta el punto de negarle su entrada a la empresa, y no existe

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

prueba de que el contrato de agencia fuera legalizado¹ (Audiencia virtual, archivo 18, récord 1:07:52 trámite de primera instancia).

¹ “Señora juez en nombre de mi mandante presento recurso de apelación frente a la sentencia que acaba de dictar para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y lo sustento de la siguiente forma a pesar de que fue el mismo representante legal de la demandada, quien reconoció en el interrogatorio de parte que existió un contrato verbal indefinido desde 1992 hasta el 2005 no se puede desvirtuar que él mismo está declarando a manera de confesión que entre el 92 y el 2005 hubo un contrato verbal indefinido los testigos, especialmente el señor Oviedo y la hermana del mismo representante legal de la demandada lo dijo, ella tenía su espacio, ella tenía sus trabajadores, ella tenía un sitio específico para la prestación de servicios, yo estaba cerca de ella siempre, la compañía desde el mismo momento en el 92, cuando ella se vinculó le definía quiénes eran los clientes que debía visitar, los porcentajes que le pagaba por sus ventas, por sus comisiones, por los recaudos, por el cumplimiento de metas, etcétera, entonces, de dónde se puede decir que ella tenía autonomía e independencia si hasta los clientes que debía visitar los definía la empleadora la demandada, no se sabe cómo es posible que se pueda decir que no cabe la primacía de la realidad cuando con pruebas testimoniales documentales fehacientes, ciertas, plenas pruebas que provienen todas de la misma demandada se demostró esa existencia de esa relación laboral simulada mediante un contrato verbal que no lo pudo definir ni el mismo representante, un contrato laboral indefinido que es un contrato verbal indefinido, que eso no está sino en la reglamentación del Código Sustantivo del Trabajo todo contrato verbal se entenderá de duración indefinida, como se probó, se demostró hasta la saciedad en cuanto a los aportes, nunca en esos tiempos cumplió la demandada con los aportes a la seguridad social en ese tiempo del 2005 al 2013 no existe duda de que existió una relación laboral, el demandado representante legal dijo el sueldo de ella, era un básico y unas comisiones por qué las cotizaciones a la seguridad social entre el 2005 y el 2013 fueron exclusivamente con el salario básico, que era un poco más de un \$1.500.000, por qué no le cotizaron con sus comisiones de trabajo que perfectamente la legislación laboral lo define como un pago constitutivo de salario objeto de reliquidar prestaciones de liquidar aportes a la seguridad social de aplicar las moratorias habidas y por haber, por qué se va a desconocer que no le cotizó con el salario real, sino con el salario básico como la misma juez, lo acaba de decir con \$1.000.000 y pico de pesos no se entiende qué pasa, por qué no se condena a la demandada si son tan fehacientes, tan claras las pruebas y todo lo que se demostró en el mismo proceso, en la época del 7 de mayo del 2013 al 18 de julio del 2017 se hizo un contrato de agencia comercial una simulación porque ella siguió prestando los mismos servicios que lo venía haciendo con el contrato laboral, ahí está la declaración de Alexander Oviedo que decía, recibía órdenes de trabajo, tenía jefes inmediatos, la obligaban a asistir a reuniones de trabajo, a reuniones de capacitaciones, tenía su espacio físico en las instalaciones de la demandada, tenía personas a cargo, como se pudo demostrar, le definían también, al igual que con el contrato laboral cuáles eran los clientes que debía visitar para que hiciera las ventas, el recaudo y demás, después se demostró que en esa época, con el hostigamiento que hizo el señor representante legal suplente a la señora Clemencia, optó por empezar a bajarle los porcentajes de participación en las comisiones optó por quitarle clientes de los que ella estaba visitando plenamente demostrado con pruebas documentales, la persiguió tanto que no pudo lograr que la señora demandante presentara su renuncia y entonces optó por insultos y ofensas verbales y al ver que ella no renunciaba, entonces optó por prohibirle el ingreso a la empresa y esa fue la forma en que ese representante legal suplente le terminó la relación laboral a la señora demandante ahí nunca hubo un acuerdo, de dónde sale ese acuerdo dónde está la plena prueba de ese acuerdo, si prácticamente se puede asegurar que la sacó en pellones de la empresa y le prohibió el ingreso allí. De otra parte con relación a la supuesta conciliación en el Juzgado 14 laboral del Circuito de Bogotá dice la demandada que eran relaciones civiles lo que se querían conciliar me pregunto yo y le pregunto a la audiencia si eran deferencias prestaciones y demás del tipo civil, porque se recurrió a un juzgado laboral y no se fue a hacer esa conciliación a un juzgado civil diciendo que se estaban conciliando todas las prestaciones y demás de ahí para atrás de dónde sacan que eran asuntos civiles por qué no lo hicieron en un juzgado civil, en cuanto al contrato de agencia comercial aportado a la demanda como plena prueba y así como lo decía perfectamente el señor delegado de la

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

En el recurso propuesto por el PROCURADOR DELEGADO, afirma que para dos de los tres espacios temporales en los que se dividió la relación con la demandada existen elementos documentales y testimoniales que permiten despachar favorablemente las pretensiones de la actora, específicamente el lapso transcurrido entre del 2005 al 2013. En su criterio no se acreditó que se hubiese dado un contrato de agencia comercial, pues el mismo requiere de unas formalidades que no se lograron acreditar dentro del proceso, lo que permite entender la extensión, en este caso, de la presunción de la realidad sobre las formalidades y la continuidad de un contrato laboral entre las partes²

Procuraduría, en dónde está la legalización y el registro de ese contrato mercantil en la cámara de comercio, dónde está ese registro, nunca se hizo, luego no existió y con mayor veras, la señora juez debió declarar que entre el 7 de mayo del 2013 y el 18 de julio del 2017 existió un verdadero contrato de trabajo y no una agencia comercial simulada que nunca se legalizó o sea, que hubo continuidad en la actividad laboral desde el 2005 hasta el 2017 y como se demostró de ahí para atrás también se configuraron los 3 elementos del contrato laboral que ahora se quieren desconocer y en los 3 periodos en que la señora juez divide el tiempo de trabajo de la señora demandante con el demandado los aportes nunca los hicieron con el sueldo real de la señora demandante, siempre lo hicieron con el sueldo básico y le desconocieron sus comisiones de trabajo nunca se los conciliaron eso es una condena que no tiene forma de ocultarse ni taparse es tan evidente que el mismo señor delegado de la Procuraduría dice que eso hay que remediarlo no hay que desconocer las comisiones de trabajo, claritas se demostraron en el expediente y demás, así las cosas, señora juez, desde ya solicito a los miembros de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial que revoquen en todas las partes la sentencia que acaba de proferir su despacho y en su lugar profiera una sentencia que otorgue todas y cada una de las pretensiones solicitadas en el escrito demandatorio y sea la demandada la que se condene en agencias de derecho, porque ella está probado que violó la ley, la constitución, la ley 100, la jurisprudencia de las Altas Cortes que tanto se matan sacando jurisprudencias para que vengan ahora a desconocerlas plenamente en un fallo que donde tenían plena aplicación, de esta forma dejo sentado mi recurso de apelación.

² “Gracias señoría, en este estado de la diligencia el suscrito funcionario, con todo el respeto que merece la decisión que usted acaba de proferir interpone recurso de apelación ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se modifique la sentencia en los siguientes términos si ellos a su bien lo consideran, en la parte de alegaciones de esta decisión, el suscrito agente del ministerio público expuso algunas de las razones por las cuales consideraba que para dos de los tres términos o espacios temporales en los que se vinculó la demandante con la demandada, existían elementos documentales y testimoniales para despachar favorablemente las pretensiones de la actora, específicamente en lo relacionado con los lapsos del 2005 al 2013 en los cuales tanto las partes activa como pasiva reconocieron que hubo un vínculo de carácter laboral de la señora demandante con la sociedad demandada como directora de ventas y del 2013 al 2017 si bien hubo discusión esta agencia expuso una serie de elementos que exigían debieron haberse acreditado para demostrar la existencia de un contrato de agencia comercial, dado que se trata de un contrato con los requisitos y unas formalidades muy específicas cuya verificación era necesaria para desvirtuar en este caso la presencia de una relación de carácter laboral, en ese sentido, las reclamaciones del año 2005 a 2013, acorde con las documentales aportadas, evidencian que existía un salario o debió haber existido un salario superior al que se consignó en el contrato de transacción, por medio del cual se pretendieron zanjar las diferencias entre demandante y demandada, en este caso por concepto de comisiones documentales que se aportaron por parte de la demandante y que obran dentro del plenario en cuanto a cuál era el concepto de dichas comisiones a cuánto

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia que entre el demandante y la sociedad DIMA JUGUETES S.A.S. existió un contrato de trabajo del 1 de mayo de 2005 al 6 de mayo de 2013.

En consonancia con los recursos de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir (i) si se acreditó o no la existencia de un contrato de trabajo de la demandante con DIMA JUGUETES S.A.S. entre el 1 de julio de 1992 y el 18 de julio de 2017; y en dado caso, (ii) sí hay lugar al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y riesgos laborales, y sanción moratoria teniendo en cuenta la totalidad de los pagos recibidos como salario.

(i) CONTRATO REALIDAD. Para resolver la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST. El primero define al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal*

ascendían mensualmente y por tratarse este de un elemento que hace parte de un derecho cierto e indiscutible como lo es el salario en criterio de esta agencia, no puede darse no puede quedar cobijado por una presunción de legalidad o una presunción de cosa juzgada que se derive de la transacción efectuada por las partes en el año 2013, asimismo y en lo que tiene que ver con el contrato de agencia comercial para el periodo de los años 2013 a 2017 se indicó que estará una tipología caracterizada por formalidades, tal como lo describe el artículo 317 del código de comercio la sentencia, SC 3645 del 9 de septiembre de 2019, de la Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil formalidades y características que se destacan por ser una forma de intermediación el contrato de agencia comercial y que el agente tenga su propia empresa que la dirige autónomamente y el hecho de que esta agencia comercial tenga que llevar o estar inscrita en el registro mercantil para efectos de que tenga validez ante terceros, circunstancia que en criterio de esta agencia no se acredita o no se verificó para desvirtuar en este caso la continuidad de un contrato laboral, si bien la señora demandante en su interrogatorio de parte manifestó que existía un deseo de parte de ella de cambiar la modalidad de vinculación, en este caso, la agencia comercial tiene una serie de requisitos especiales y formalidades que, como se indicó, no se acreditaron, no se estima por este servidor que se hayan demostrado, lo cual involucra o permite entender la extensión, en este caso de la presunción de la realidad sobre las formalidades y en este caso la continuidad de un contrato laboral, por lo anterior, ruega este servidor a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior se examinen particularmente esos dos periodos con el fin de que de encontrarse un valor superior al valor salarial que se transó, se liquiden las prestaciones, se liquiden los salarios conforme a ese monto de salario superior que se evidencia por concepto de comisiones que devengo la aquí demandante y así mismo en lo que tiene que ver con las cotizaciones a seguridad social en pensiones, dado que ese es un derecho que frente al cual no cabe la cosa juzgada y no cabe la transacción, en la medida en que es cierto, indiscutible y no es disponible por las partes para someterlo a conciliación o transacción, y menos cuando la administradora de pensiones no está vinculada a esa conciliación transacción, en los anteriores términos dejo expuesto el recurso de apelación esta agencia del Ministerio Público para resolución de la Sala Laboral. Muchas gracias”

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”. El segundo (artículo 23 del mismo estatuto) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo a la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos) y el salario.

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

De ésta última norma y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación continua de un *servicio personal* está regida por contrato de trabajo, lo que -en aplicación del artículo 167 del CGP- invierte las cargas probatorias del proceso. En consecuencia, si el demandante en el proceso laboral reclama la existencia de un contrato de trabajo y prueba que prestó en forma continua y personal un servicio (hecho causal de la presunción) la ley *entiende* que éste se ejecutó mediante contrato de trabajo, es decir bajo subordinación, y corresponderá al demandado la carga de probar que no existió este último elemento: la subordinación.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y la sociedad DIMA JUGUETES S.A.S. entre el 1 de mayo de 2005 y el 6 de mayo de 2013 solamente, y negó tal declaración frente a otros periodos, por las razones que pasan a exponerse.

i) Frente al PRIMER periodo, comprendido entre el 1 de mayo de 1993 y el 30 de abril de 2005, la presunción fue desvirtuada por la demandada con pruebas útiles y cualquier duda que pudiera surgir sobre la terminación de dicha relación quedó zanjada válidamente con el acuerdo de conciliación que suscribió la demandante ante un juez laboral, acuerdo cuya validez no fue desvirtuada en este proceso *oportunamente* por quien tenía la carga procesal correspondiente³. El acuerdo se celebró en el año 2006 y la demanda se

³ La demandante por virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP.

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

presentó en febrero del año 2018 cuando había transcurrido con creces el término de prescripción.

Las pruebas que obran sobre la forma como se ejecutó esta parte de la relación, son: el testimonio de GLORIA LUCIA MONCADA ARANGO contratista de ventas por temporada con DIMA JUGUETERIA S.A.S., quien aseguró que en el año 1996 la demandante trabajaba, como ella, como contratista de ventas a terceras empresas de los juguetes que producía la demandada, afirmó que no había un horario establecido para la llegada ni de salida que las llamadas a su clientes las podían hacer desde cualquier parte, y que no estaban obligadas a asistir a las dependencias de la demandada, refirió que durante el tiempo que estuvo con la misma vinculación de la demandante podía ejercer otro tipo de negocios, y que -de hecho- la demandante prestaba también sus servicios como vendedora a otra empresa (Círculo de Viajes) y lo hacía porque tenían toda la libertad de hacerlo, recuerda que nunca se les pasó algún tipo de reporte por no cumplir metas de ventas o por no asistir a las instalaciones de la demandada (Audiencia del 10 de agosto de 2022. Min. 21:14 a 38:19 del archivo 39 primera instancia).

En el mismo sentido el testigo IVAN TOVAR PERDOMO, asesor jurídico de DIMA JUGUETES S.A.S., aseguró que fue la misma demandante quien le comentó los pormenores de su vinculación como contratista en distintas temporadas desde el año 1993, y le señaló que sus ventas las realizaba de julio a diciembre visitando sus propios clientes y cerrando ella misma los negocios, afirmó que la actora como contratista independiente de temporada no tuvo subordinación laboral en la vinculación inicial (Audiencia del 10 de agosto de 2022 del archivo 35 y 37 primera instancia).

Igualmente, obra en el expediente el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante (Audiencia del 10 de agosto de 2022 archivo 31), en el cual manifestó que prestó sus servicios como contratista para DIMA JUGUETES S.A.S. a partir del año 1992 al 30 de abril de 2005, solamente en las épocas de temporada de julio a diciembre, y que trabajó también con la empresa Círculo de Viajes un año, época en la cual indicó, no estaba comprometida con los trabajos de DIMA JUGUETES S.A.S.; refirió que no tenía contrato de trabajo ni nada que indicara que su tiempo estuviera dedicado exclusivamente a la demandada, y que no fue objeto de llamados de atención por parte de la

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

demandada (Audiencia del 10 de agosto de 2022 Min. 2:30 del archivo 32 primera instancia).

El testimonio de JOSÉ ALEXANDER OVIEDO OVIEDO no resulta útil para definir la existencia de contrato de trabajo en la parte inicial de la relación, pues refirió que su ingreso a la compañía fue en el año 2003, lo que lleva a concluir que no conoció *directamente* las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ni la forma cómo se ejecutó el vínculo entre las partes con antelación a dicha fecha, que es precisamente lo que se pretendía demostrar.

Así las cosas, para el Tribunal las pruebas allegadas dan muestra clara de la ausencia de subordinación en la primera parte de la vinculación que tuvo la demandante con la demandada, lo que excluye la existencia del contrato de trabajo.

Pero de todas formas, lo cierto es -se reitera- que para terminar dicha fase la vinculación las partes celebraron una conciliación cuya acta se anexó al expediente, diligencia con la cual las partes zanjaron cualquier diferencia sobre la terminación o no de la relación en esa fecha y el pago de los derechos de naturaleza laboral que pudieran haber surgido en favor de la demandante. Dicho acuerdo se celebró el 6 de junio de 2006, fecha desde la cual transcurrieron 12 años que superan con suficiencia el término de prescripción de tres años dispuesto en la legislación laboral como tiempo oportuno para el reclamo judicial de los derechos laborales (artículo 151 del CPL). El acta de la conciliación ante el Juez 14 Laboral del circuito de Bogotá obra en folios 383 y ss del archivo 15.

No se desvirtúan las conclusiones referidas con la certificación laboral de fecha 16 de septiembre de 2011 allegada con la demanda (folio 232 del archivo 03 primera instancia), pues si bien en ella se afirma una vinculación mediante contrato de trabajo de la demandante con la compañía desde el 1 de mayo de 1993, aparece suscrita por una persona que no tenía la representación de la demandada. El testigo MAURICIO TORRES FORERO indicó claramente que las únicas personas con capacidad para expedir certificaciones laborales de conformidad al sistema de gestión de calidad de la empresa (ISO 9001) eran él como director contable y nunca delegó esa función a nadie, y María Fernanda Moncada Tobón Gerente de Mercadeo Recursos Humanos y Representante Legal de la demandada; el certificado fue expedido por

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

Maryetha Rincón Carvajal quien se identificó como trabajadora en el *departamento de nómina* que -según lo dicho- no estaba facultada para expedir certificaciones de tipo laboral (Audiencia del 10 de agosto de 2022 Min. 8:03, 9:29 y 10:03 del archivo 39 primera instancia). Pero de todas formas el contenido de tal certificación fue desvirtuado con las pruebas aportadas y la conciliación allegada, como se dijo antes.

Las demás pruebas documentales aportadas al proceso no hacen relación al periodo en estudio, pues están datadas en los años 2006 a 2017 y el periodo en discusión es el transcurrido entre el 1 de mayo de 1993 y el 30 de abril de 2005.

(ii) Frente al SEGUNDO periodo, durante el cual ninguna de las partes niega la existencia de un contrato de trabajo, la demandante reclama la reliquidación de los derechos laborales incluyendo en la base los pagos que dice haber causado por concepto de comisiones.

Revisado el expediente no encuentra la Sala prueba de las condiciones establecidas para el pago de las comisiones ni de las gestiones efectuadas por la demandante para causar su pago, ni de los pagos efectuados bajo este rubro; si bien se probó que existía un convenio verbal en la materia hecho reconocido por el representante legal de la demandada, no se especificó cómo funcionaba, ni cuáles eran las condiciones o el porcentaje del pago de las mismas, menos aún se puede deducir de la evidencia aportada cuál fue el valor real de las ventas que efectuó o tramitó la demandante con sus clientes, como se verá más adelante.

(iii) Frente al TERCER periodo, comprendido entre el 7 de mayo de 2013 y el 18 de julio de 2017. La evidencia allegada da cuenta clara de que por voluntad de la misma demandante, quien adujo la necesidad de disponer de su tiempo con autonomía, se pactó y ejecutó un contrato no subordinado de servicios, al que denominaron las partes de *agencia comercial*, caracterizado por tener el agente su propia empresa y la dirección de la misma con autonomía.

No sobra advertir, para responder a los argumentos del señor agente del Ministerio Público, que es irrelevante para este proceso si se cumplieron o no los requisitos señalados para la existencia de una agencia comercial, pues lo relevante en materia laboral es determinar si existió o no subordinación; la

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

inexistencia jurídica de la figura de un *agente comercial* (cuando no hay subordinación como en el caso presente) no hace presumir la existencia de un contrato de trabajo sino de un contrato de servicios autónomos de otro tipo o innominado.

Pero de todas formas en el caso presente resulta clara la existencia del contrato de agencia comercial, figura que según la jurisprudencia permite la dirección de la empresa propia con criterios o políticas de *ventas* ajenos, sin que por ello se pueda predicar el ejercicio del poder subordinante propio de las relaciones laborales. Bien puede el agente asumir el deber de rendir informes de mercado y sujetarse instrucciones y directrices para el desarrollo de sus labores; o asistir a reuniones y tener cierta disponibilidad de comunicación con la empresa; o usar elementos de papelería o distintivos o marcas propias o ajenas sin que de ello se derive la existencia de un contrato de trabajo (Sentencias SL3842-2015, SL-10159-2016, SL-5398-2018, SL-1756-2020).

Solamente cuando el servicio sea personal y esté subordinado en el tiempo, en el modo y en el lugar dispuestos por el empleador, o el trabajador esté sujeto a reglamentos de trabajo (como el horario), se podrá entender prestado bajo contrato de trabajo, lo que se desvirtuó en este expediente, pues se probó que entre DIMA JUGUETES S.A.S. y CLEMENCIA BARRERA SANTOS se celebró el contrato de agencia comercial el 7 de mayo de 2013 (folios 133 a 140 del archivo 17 primera instancia) y éste tuvo vigencia hasta el 18 de julio de 2017 (folios 284 a 286 del archivo 03 y folios 25 y 26 del archivo 15 primera instancia), con el objeto de que el agente – Clemencia Barrera Santos- realizará de manera independiente y estable la venta de los productos comercializados por la demandada⁴. De igual forma, se señalaron como obligaciones del agente entre otras adelantar todas las actividades necesarias para lograr que terceros adquieran los productos, actuando en su propio nombre, pero en interés y por cuenta de DIMA JUGUETES S.A.S.⁵

⁴ “CLÁUSULA PRIMERA. Objeto.

Sujeto a los términos y condiciones estipulados en este Contrato, el AGENTE se obliga a comercializar, vender, ofrecer y, en general, realizar todas las actividades necesarias para promover la compra de los productos comercializados por Dima Juguetes Ltda. (en adelante los "Productos") en las Áreas del Territorio de la República de Colombia que también se incluyen en el Anexo 1 de este Contrato (las "Áreas"), de forma independiente y de manera estable”.

⁵ “CLAUSULA SEGUNDA. Obligaciones Especiales del AGENTE .

(...) 2 2. Responsabilidad Territorial: El AGENTE hará sus mejores esfuerzos para vender y colaborar con DIMA en la promoción, distribución y venta de los Productos dentro de los clientes de Anexo 1 Toda publicidad e información de los Productos deberá ser previamente

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

Del análisis conjunto del contrato de agencia comercial, a la luz de los preceptos contemplados en los artículos 1618 y 1622 del Código Civil, en concordancia con el artículo 822 del Código de Comercio, se deduce que Dima Juguetes S.A.S. contrató con CLEMENCIA BARRERA SANTOS, actividades encaminadas a la venta y comercialización de sus productos de juguetería, y de las cláusulas se deduce que la agente no se encontraba subordinada a las directrices de DIMA JUGUETERÍA S.A.S. en aspectos laborales ni sobre la forma en que se debía gestionar la actividad de promoción contratada, es decir no se desdibujó el requisito de autonomía e independencia que requiere el agente para predicar la ejecución de un verdadero contrato de agencia comercial.

aprobada por DIMA. 2.3. Garantías v Manifestaciones: El AGENTE suministrará a los clientes las tarifas de los Productos DIMA de acuerdo con la información que DIMA le entregue y de acuerdo con las comunicaciones puntuales sobre cada negocio que se lleven a cabo entre el AGENTE y DIMA. Por lo anterior. El AGENTE y DIMA acordarán mutuamente y por escrito cuando los precios sean distintos o los descuentos mayores a los inicialmente acordados. 2.4. Metas de ventas: El AGENTE acuerda cumplir con la meta semestral de ventas fijada en Anexo 1 de este Contrato. El AGENTE acepta que cualquier incumplimiento en la meta anual de ventas estipulada en esta cláusula y su Anexo 1 será considerado como justa causa de DIMA para dar por terminado el presente Contrato, sin que de esta terminación se derive ninguna responsabilidad para DIMA. Las Partes, revisarte el Anexo 1, constantemente durante la duración de este Contrato o de cualquiera de sus prórrogas, con el fin de fijar la meta semestral y anual de ventas para el año contractual inmediatamente siguiente. Se entiende que los periodos semestrales a los que se refiere este Contrato se comprenden el primero de enero 1 a junio 31 y el segundo de julio 1 a diciembre 31 del año para el que aplica el presente contrato. 2.5 Personal del AGENTE: En el evento que todo o parte del personal que el AGENTE utilice para la prestación de los servicios objeto del presente Contrato, este(n) vinculado(s) por contrato de trabajo, dichos trabajadores deberán estar afiliados a la seguridad social integral y estar carnetizados, toda vez que DIMA se reserva el derecho a realizar los pagos objeto del presente Contrato contra la presentación de los recibos de pagos de los distintos aportes fiscales y parafiscales de los empleados del AGENTE. El AGENTE expresamente manifiesta que mantendrá indemne a DIMA en los términos y condiciones de la cláusula sexta del presente Contrato, en el evento en el que cualquiera de las personas destinadas para la ejecución del presente Contrato mediante cualquier tipo de vinculación, adelante una reclamación de tipo laboral. 2.6 Documentos e inspecciones: El AGENTE se obliga a mantener al día y disponibles para revisión por parte de DIMA en todo momento durante la vigencia del presente Contrato, todos los registros, papeles, documentación y correspondencia de cada uno de los clientes que surjan en desarrollo y con ocasión del objeto del Contrato y de toda aquella información adicional que se relacione con la ejecución del mismo. Para lo anterior, DIMA deberá dar aviso escrito al AGENTE de su intención de revisar estos documentos con por lo menos con un (1) día hábil de anticipación. El AGENTE deberá poner a disposición de DIMA la documentación solicitada durante horas hábiles, en las oficinas de DIMA. 2.7 Autonomía: El AGENTE deberá cumplir con las obligaciones derivadas del presente Contrato de manera directa, con autonomía administrativa y financiera, bajo su propia responsabilidad, con su propia organización, y asumirá por sí mismo los riesgos inherentes y, por tal razón no podrá solicitar a DIMA la garantía de la obtención de cualquier clase de beneficio o utilidad. DIMA solo estará obligado a pagar la remuneración a que se refiere la Sección 3, cuando haya lugar a ello. Para facilitar el cumplimiento del presente contrato Dima ofrece al AGENTE entre otros cuando fuere necesario: tarjetas de presentación, un sitio de trabajo y teléfono papelería de Dima, apoyo administrativo y logístico en Sala de Ventas y Centro de Distribución. Cuando fuere necesario que el AGENTE se desplace fuera de la ciudad de Bogotá convendrá con DIMA la necesidad y naturaleza de dicho viaje, así como la forma de fondear los costos del mismo.

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

La conclusión anterior encuentra respaldo, igualmente, en las manifestaciones realizadas por la demandante en su interrogatorio de parte diligencia en la cual indicó que firmó el contrato de agencia comercial, lo discutió y revisó la lista de clientes con Jorge Iván Moncada Tobón, así mismo aceptó haber informado en reunión al comité ejecutivo de la demandada y mediante correo electrónico su intención de no continuar siendo gerente de ventas, y que si se lo permitían quería seguir vendiendo como *free lance* a los clientes que tenía (Audiencia del 10 de agosto de 2022 Min. 0:15 y 14:16 del archivo 32 primera instancia).

En el mismo sentido el testigo MAURICIO TORRES FORERO jefe contable de la demandada entre junio de 2016 a marzo de 2022, indicó que interactuó con la demandante quien tenía un contrato de agenciamiento comercial con la demandada, que le suministró el estado de cuenta donde tenía varios anticipos y procedieron a legalizarlos liquidando el contrato de agenciamiento que estaba pendiente de varios años, que nunca le manifestó algún tipo de reclamo o inconformidad por la contratación que tenía como agente comercial, que para liquidar ese contrato la demandante presentó de manera libre una cuenta de cobro allegando la planilla de aportes a seguridad social y parafiscales, y se le aplicó todo el procedimiento legal que correspondía a esa vinculación como la retención en la fuente (Audiencia del 10 de agosto de 2022 Min. 3:20 del archivo 39 primera instancia).

Las conclusiones señaladas no se desvirtúan con el testimonio rendido por JOSÉ ALEXANDER OVIEDO OVIEDO, pues refirió que su ingreso a la compañía fue en el año 2003 y laboró hasta el 2012, fecha anterior a la de inicio de esta parte de la relación. Este testigo solo fue observador directo de los hechos ocurridos en la época durante la cual la demandante ejecutó el contrato de trabajo que reconoce la demandada.

II) RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES POR COMISIONES. El Tribunal debe definir si hay lugar o no al reconocimiento de las *comisiones* que reclama la demandante, y de ser así, si se deben reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones y los aportes a seguridad social, y si procede el pago de indemnización moratoria.

Para resolver tal controversia, los artículos 127 y 132 del CST disponen para las partes en el contrato de trabajo –empleador y trabajador- la libertad de estipulación del salario en sus diversas modalidades, siempre y cuando se

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

respete “*el salario mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales*”. Bien pueden, en consecuencia, pactar el pago de *comisiones* que retribuyan directamente la prestación del servicio por parte del trabajador.

Dado que las comisiones son el *porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta o negocio*⁶, para acceder a su pago se debe demostrar en el proceso: (i) el pacto, convenio u orden que contiene las condiciones pactadas para el pago de comisiones, y (ii) el cumplimiento de dichas condiciones en la persona que reclama el pago.

Con estos referentes normativos el Tribunal confirmará también la decisión de primera instancia en cuanto negó la reliquidación de prestaciones sociales con la inclusión de comisiones, pues al expediente no se trajeron las condiciones acordadas por las partes para el pago de comisiones (hechos específicos que la causan, porcentajes momento de pago) lo que impide -de contera- verificar si esas condiciones fueron cumplidas por la demandante.

Si bien la demandada reconoció que verbalmente se acordó el pago de comisiones para el periodo transcurrido entre el 1 de mayo de 2005 y el 6 de mayo de 2013 (Audiencia 12 de marzo de 2020 Min. 55:28 del archivo 22), ninguna referencia hizo a las condiciones específicas de pago, si se causaban sobre el total de las ventas efectuadas por la trabajadora, ni los porcentajes que debían pagar. Tampoco probó la demandante el valor de las ventas que se efectuaron por una gestión suya con los clientes que tenía a cargo para poder deducir de ello si la demandada pagó o no las comisiones que se pudieron haber causado en su favor. La carga procesal referida se la asigna a la parte demandante el artículo 167 del CGP, que dispone claramente que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen*”.

No son útiles para este efecto los comprobantes de pago (porque corresponden a tiempos durante los cuales se ejecutó el contrato de *agencia comercial*), ni la relación de egresos y cuentas de cobro aportados con la demanda de los cuales se evidencian valores por comisiones sin soporte, ni los documentos que carecen de nombre, firma y/o sello de quien los elabora en los que se hace una simple relación de valores que no tiene respaldo

⁶ <https://dle.rae.es/comisi%C3%B3n>

probatorio para poderlos oponer a la demandada. Tampoco se probaron valores pagados por este concepto en el período durante el cual se ejecutó contrato de trabajo, ni las fechas de pago. No sobra señalar que los hechos y las pruebas que se allegaron con la demanda en esta materia fueron desconocidos por la demandada desde la contestación (folios 116, 130 del archivo 03 primera instancia y folios 45 a 73, 79 a 81, 83, 85 a 89, 91, 94, 95, 97, 99, 100, 107 a 115, 118, 126, 128, 134, 139, 140 a 146, 155, 159, 172, 175, 194 a 196, 206, 235 y 256 del archivo 03 primera instancia).

En una situación similar a la que se estudia, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral- dijo: “(...), obra la petición de la actora por el cobro de comisiones por ventas que fuera allegada con la demanda. Sin embargo, esta relación fue realizada por la propia actora sin soporte alguno que corroborara su derecho a las comisiones que estaba cobrando. Así que esta relación no tenía valor probatorio alguno, pues nadie puede fabricar su propia prueba. Por esto, es inane que la pasiva no haya tachado de falsa esa documental, máxime que, al contestar (...) la demanda, (...), ella desconoció deberle comisiones por ventas, (...). En ese orden, tampoco tiene razón la recurrente cuando sostiene que las documentales (...) que la empresa aportó como prueba de los pagos de comisiones no desvirtuaba la omisión del pago de las comisiones reclamadas por la actora (...). Si la parte actora no demostró previamente el derecho a que le fueran pagadas ciertas comisiones por ventas, no le correspondía a la pasiva probar su pago y menos se puede decir que ella no desvirtuó su omisión”⁷.

Nada puede extraerse sobre el valor de las comisiones y/o de su causación de la prueba testimonial. MAURICIO TORRES jefe contable indicó no conocer al detalle la forma de liquidar las comisiones que se pagaban a la demandante, pues no era su función, pero lo que entendía era que ella tenía una cartera sobre la cual trabajaba y comisionaba sobre esas ventas, dijo que durante el tiempo que trabajó con la compañía la demandada nunca incumplió ni con la demandante ni con otras agentes o contratistas el pago de lo que habían causado (Audiencia del 10 de agosto de 2022 Min. 6:37 del archivo 39 primera instancia).

⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5109-2020 Rad. 70271.

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

La Sala tampoco encuentra que la parte demandante haya demostrado que las ventas fueran resultado de su gestión, ni la suma obtenida en ventas efectivas, ni los indicadores a tener en cuenta para tasar la comisión, ni la forma en que debía liquidarse solo manifestó al absolver interrogatorio de parte que tenía derecho a una comisión del 1.3% sobre las ventas totales del grupo y del 1.2% por cumplimiento de cuotas (Audiencia del 10 de agosto de 2022 Min. 13:12 del archivo 31 primera instancia), manifestación que tampoco resulta oponible a la demandada para deducir obligaciones a su cargo.

De lo dicho resulta clara la inexistencia de obligaciones en la demandada relacionadas con el pago de comisiones en el periodo durante el cual éstas podían afectar la base de liquidación de prestaciones sociales, por existir contrato de trabajo (años 2005 a 2013). Pero de todas formas, y frente a cualquier duda que pudiera surgir sobre esta materia, lo cierto es que para zanjar las diferencias que pudieran surgir entre las partes sobre derechos causados en la relación laboral, se suscribió un contrato de transacción el día 6 de mayo de 2013 en la cual específicamente se dispuso zanjar cualquier diferencia sobre *comisiones* que se hubieran podido causar (folios 112 a 114 del archivo 17) derecho de dudosa existencia -según lo dicho-. Pero de todas formas, y no sobra señalarlo, también operó la prescripción de la acción judicial que se pudiera proponer para desconocer lo señalado en el acuerdo transaccional, pues se celebró el 6 de mayo de 2013 y la demanda que dio inicio a este proceso se presentó el 16 de febrero de 2018.

III) SANCIÓN MORATORIA. Negado el derecho el incremento de la base de liquidación de salarios y prestaciones sociales, se deben negar también la reliquidación reclamada y las consecuencias a las quien hace referencia el recurso como la sanción moratoria.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

Exp. 28 2018 00091 01
Clemencia Barrera Santos contra Dima Juguetes S.A.S.

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

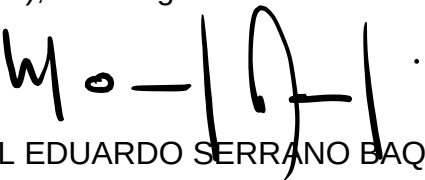
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$200.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 32 2020 00374 01

Clara Inés Soto Morales contra Médicos Asociados S.A en liquidación y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CLARA INÉS SOTO MORALES CONTRA
MÉDICOS ASOCIADOS S.A EN LIQUIDACIÓN, CENTRO NACIONAL
DE ONCOLOGÍA S.A. EN LIQUIDACIÓN, FUNDACIÓN COLOMBIA
NUEVA VIDA y ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE TRABAJADORES
PARA LA SALUD – ACOTSALUD.**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por una de las demandadas, contra la sentencia dictada el 18 de octubre de 2023 por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo y se condenó a las demandadas a pagar a favor de la demandante salarios, prestaciones sociales, compensación de vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización por despido sin justa causa y sanciones moratorias.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CLARA INÉS SOTO MORALES presentó demanda contra la sociedad MÉDICOS ASOCIADOS S.A EN LIQUIDACIÓN, CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA CNO S.A. EN LIQUIDACIÓN, FUNDACIÓN COLOMBIA NUEVA VIDA y ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE TRABAJADORES PARA LA SALUD – ACOTSALUD, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que existió un contrato de trabajo con la sociedad MEDICOS ASOCIADOS S.A. entre el 1º de julio de 2018 y el 26 de febrero de 2019, y que fue despedida sin justa causa; en consecuencia, pide que se condene a esta demandada a pagar salarios, cesantías, intereses a las

cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes al subsistema de seguridad social en pensiones causados en vigencia de la relación laboral, junto con la sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, indexación, pago de horas extras y recargos nocturnos, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que el 1º de julio de 2018 suscribió contrato a término indefinido con el CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA CNO S.A. para desempeñar funciones como Auxiliar de enfermería especializada en la Clínica Federmán, propiedad de MÉDICOS ASOCIADOS S.A., indica que el 11 de octubre de 2018 firmó un contrato de prestación de servicios con mandato y le informaron que la FUNDACIÓN COLOMBIA NUEVA VIDA le pagaría los salarios y las prestaciones previa presentación de las cuentas de cobro, y para el mes de diciembre de 2019 le informaron que la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE TRABAJADORES PARA LA SALUD – ACOTSALUD sería la encargada del pago de sus acreencias laborales. Esta última dio por terminado el contrato el 26 de febrero de 2019. Manifiesta que siempre prestó sus servicios personales bajo la subordinación de MÉDICOS ASOCIADOS S.A., estaba sometida al horario de trabajo, reglamento de trabajo y organización de turnos que ella organizaba, y que devengó como último salario \$1.115.423,00. Asegura que se le adeudan salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios por el periodo en que estuvo vigente la relación laboral (ver demanda páginas 2 a 20 y subsanación demanda páginas 2 a 3 archivo 01 trámite primera instancia).

Notificadas de la demanda y corrido el traslado legal, las demandadas la contestaron a través de apoderados judiciales.

La sociedad MÉDICOS ASOCIADOS S.A. aceptó el hecho relacionado a la suscripción del contrato de operación para la prestación de servicios en salud con mandato, celebrado con la FUNDACIÓN COLOMBIA NUEVA VIDA, frente a los demás, indicó que no le constan o que no son ciertos. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda afirmando que la demandante prestó sus servicios en la Clínica Federmán, sin que ello

signifique que MEDICOS ASOCIADOS la hubiere contratado. Indica que durante los periodos que la demandante alega haber trabajado la sociedad demandada no se contrató personal alguno, aclaró que la Clínica Nicolás de Federmán es un establecimiento comercial propiedad de la empresa MEDICOS ASOCIADOS que no contrata personal para prestación de servicios de salud, y por ello firmó un contrato de operación de servicios bajo el precepto normativo de alianzas estratégicas y operación de servicios, preceptuado en las Circulares 066 y 067 de 2010 del Ministerio de Salud. Propuso como excepciones de fondo las de *inexistencia de la obligación, prescripción trienal, cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia de la solidaridad*. (ver contestación páginas 2 a 10, archivo 09 trámite primera instancia).

CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGIA CNO S.A. – EN LIQUIDACION, aceptó parcialmente la suscripción de un contrato a término indefinido y que la demandante fue contratada para desempeñar el cargo Auxiliar de Enfermería Especializada con un horario de ocho horas en los turnos dispuestos en la Clínica Federmán, y aceptó las acreencias laborales adeudadas a la demandante por MÉDICOS ASOCIADOS S.A.; frente a los demás, indicó que no le constaban o que no eran ciertos. Se opuso parcialmente a la pretensión de pago de cesantías e intereses a las cesantías, no se opuso a las demás pretensiones en el entendido que la actora prestó servicios a MÉDICOS ASOCIADOS S.A. propietario de la CLÍNICA FEDERMÁN. Argumentó que entre CNO y la mencionada sociedad existió un contrato comercial de usufructo a partir del 15 de mayo de 2018 y que al comenzar su ejecución se percató de la tercerización laboral lo que la llevó a destinar de sus propios recursos y en debida forma el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social integral de los trabajadores tercerizados. Afirma que MÉDICOS ASOCIADOS S.A. está desconociendo la posición que legalmente le corresponde acorde al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, en lo que a pago de acreencias laborales se refiere. Propuso como excepciones de fondo las de *responsabilidad de Médicos Asociados S.A., buena fe como exonerante, y genérica*. (ver contestación página 2-14 archivo 08 del expediente digital).

Exp. 32 2020 00374 01

Clara Inés Soto Morales contra Médicos Asociados S.A en liquidación y otros.

Mediante auto proferido el 19 de enero de 2022 el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso el emplazamiento de ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE TRABAJADORES PARA LA SALUD – ACOTSALUD y FUNDACIÓN COLOMBIA NUEVA VIDA. (ver página 1 y 2 archivo 14 del expediente digital) y se designó curadora *ad-litem* que contestó la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el contrato de operación para prestación de servicios en salud con mandato celebrado entre MÉDICOS ASOCIADOS S.A. y la FUNDACIÓN COLOMBIA NUEVA VIDA; frente a los demás, indicó que no le constaban o que no eran ciertos y se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que la demandante no ha probado la existencia de un contrato de trabajo, ni el incumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo. En su defensa propuso como excepción de fondo la de *prescripción* (ver contestación página 2-4 archivo 16 del expediente digital)

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de octubre de 2023, mediante la cual el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandada CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA CNO S.A. EN LIQUIDACIÓN y la actora del 1º de julio y el 30 de septiembre de 2018, la condenó a pagar a favor de la demandante la liquidación del contrato de trabajo y la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. por derechos causados del 1º de octubre de 2018 al 4 de marzo de 2020. De otro lado, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre MÉDICOS ASOCIADOS S.A. EN LIQUIDACIÓN y la demandante desde el 1º de octubre de 2018 hasta el 26 de febrero de 2019, y la condenó al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y la sanción por la no consignación de las cesantías, estas dos últimas de manera indexada, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. con sus respectivos intereses, y el pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensiones. Asimismo, condenó a la FUNDACIÓN COLOMBIA NUEVA VIDA y a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE TRABAJADORES PARA LA SALUD - ACOTSALUD a pagar de manera solidaria las condenas impuestas respecto de la codemandada MÉDICOS ASOCIADOS S.A. EN LIQUIDACIÓN, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión encontró debidamente acreditado tanto por la prueba documental como por la

prueba testimonial el vínculo con CNO S.A. que se ejecutó entre el 1º de julio y el 30 de septiembre de 2018, sin la intervención de MÉDICOS ASOCIADOS S.A., relación que terminó por decisión de CNO y condenó al pago de prestaciones sociales pues conforme a la documental allegada no han sido canceladas a la actora, respecto a la sanción moratoria no encontró el juzgador de primera instancia justificación en la demora en el pago de la liquidación definitiva a la trabajadora. En lo que respecta al contrato ejecutado entre el 1º de octubre de 2018 y el 26 de febrero de 2019 el *a quo* declaró la existencia de un contrato realidad entre la accionante y MÉDICOS ASOCIADOS S.A. dado que, aunque dicha sociedad celebró contratos con la FUNDACIÓN COLOMBIA NUEVA VIDA y ACOTSALUD, el verdadero beneficiario de las labores prestadas por la demandante es MÉDICOS ASOCIADOS S.A., y en todo caso, no se acreditó el pago de las acreencias laborales por ninguna de la sociedades demandadas. Frente a las horas extras y recargos nocturnos indicó el sentenciador que no obra prueba en el proceso de los turnos u horas extras con las fechas exactas en la que la demandante prestó sus servicios, encontró no probada la excepción de prescripción y declaró la solidaridad respecto de la codemandada MÉDICOS ASOCIADOS S.A.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR que entre la demandante CLARA INÉS SOTO MORALES y la demandada CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A EN LIQUIDACIÓN, existió un contrato de trabajo entre 01 de julio y el 30 de septiembre de 2018, y declarar que entre la demandante CLARA INÉS SOTO MORALES, y la demandada MÉDICOS ASOCIADOS S.A EN LIQUIDACIÓN, existió un contrato de trabajo entre el 01 de octubre de 2018 y el 26 de febrero de 2019. TERCERO: CONDENAR a la demandada CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A EN LIQUIDACIÓN, a pagar a la demandante la suma de \$2.582.049 pesos por concepto de liquidación final del contrato de trabajo que existió entre las partes, y que corresponde a las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones e indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa. CUARTO: CONDENAR a la*

Exp. 32 2020 00374 01

Clara Inés Soto Morales contra Médicos Asociados S.A en liquidación y otros.

demandada CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. EN LIQUIDACIÓN a pagar a la demandante MORALES, la sanción moratoria que trata el artículo 65 del Código sustantivo del trabajo a razón de \$36.666.66 centavos sanción moratoria que correrá del 01 de octubre de 2018 al 4 de marzo de 2020. QUINTO: CONDENAR a la demandada MÉDICOS ASOCIADOS S.A EN LIQUIDACIÓN, a pagar a la demandante CLARA INÉS SOTO MORALES, los siguientes valores y por los siguientes conceptos, por salarios, la suma de \$4.494.366 pesos por cesantías, la suma de \$374.531 pesos por intereses a las cesantías, la suma de \$18.227 pesos por prima de servicios, la suma de \$374.531 pesos por vacaciones, la suma de \$187.265 pesos por sanción por la no consignación de las cesantías, la suma de \$369.400 pesos. Las sumas adeudadas por concepto de vacaciones y sanción de las cesantías se deberán cancelar debidamente indexadas desde el 27 de febrero de 2019 y hasta la fecha de su pago definitivo. SEXTO: CONDENAR a la demandada a MÉDICOS ASOCIADOS S.A EN LIQUIDACIÓN, a pagar a la demandante, CLARA INÉS SOTO MORALES, la sanción moratoria que trata el artículo 65 del Código sustantivo del trabajo a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago de lo adeudado entre el 27 de febrero de 2019 y el 26 de febrero de 2021 en una cuantía total de \$ 22.164.000 pesos a partir del 27 de febrero de 2021 y hasta el 16 de diciembre de 2021 se deberá pagar intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la superintendencia financiera sobre lo adeudado por concepto de salarios, cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios. SÉPTIMO: CONDENAR a la demandada MÉDICOS ASOCIADOS S.A EN LIQUIDACIÓN a pagar los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones a favor de la demandante, CLARA INÉS SOTO MORALES, por el periodo comprendido entre el 01 de octubre de 2018 y el 26 de febrero de 2019, teniendo como salario la suma de \$923.500 pesos. OCTAVO CONDENAR a LA FUNDACIÓN COLOMBIA NUEVA VIDA y a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA de TRABAJADORES PARA LA SALUD ACOTSALUD a pagar de manera solidaria las condenas efectuadas respecto de la codemandada MÉDICOS ASOCIADOS S.A EN LIQUIDACIÓN. NOVENO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. DÉCIMO: CONDENAR en costas a las demandadas y a favor de la demandante tásense por

Exp. 32 2020 00374 01

Clara Inés Soto Morales contra Médicos Asociados S.A en liquidación y otros.

secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.” (Audiencia virtual, archivo 34, récord 1:12:00 trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandada CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA CNO S.A. EN LIQUIDACIÓN, asegura que la demandante era empleada real y directa de MÉDICOS ASOCIADOS S.A. y que el CNO actuó como mero intermediario, con buena fe, pues formalizó el contrato de trabajo, más no era el directo empleador; el único beneficiario de los servicios que prestó la demandante fue MÉDICOS ASOCIADOS S.A.- Respecto de las condenas al pago de acreencias y sanción moratoria en el lapso julio a septiembre de 2018 refirió que en ningún momento actuó de mala fe y a *contrario sensu* procuró que su real empleador pagará las acreencias laborales. Por último, manifestó que se debió declarar solidaridad sobre las condenas impuestas¹ (Audiencia virtual, archivo 34, récord 1:18:03 trámite de primera instancia).

¹ “Gracias señoría, en el presente asunto, solicito sea concedido la apelación a la sentencia proferida en el entendido en que no guarda congruencia los hechos relatados en la demanda en cotejo con la contestación dada a la misma por parte del Centro Nacional de Oncología SO y el debate probatorio recaudado esto en virtud a que se probó que la demandante, era empleada real y directa de Médicos Asociados S.A. tal y como lo enervó en su escrito introductorio, el demandante alegando el contrato realidad y se probó que efectivamente en el presente asunto Centro Nacional de Oncología actuó como mero intermediario de la relación liberal cierta e irrefutable entre la demandante y Médicos Asociados S.A., que por el contrario, Centro Nacional de Oncología, actuando de buena fe y en aras de proteger los derechos laborales de la ahora demandante, le formalizó un contrato de trabajo más no era su directo empleador, ni tampoco el beneficiario de su trabajo como de igual manera se probó y no fue tachado de falso, de errado o de fraudulento los documentos que se trajeron al despacho se probó en que el único beneficiario de los servicios y del trabajo prestado por la demandante fue Médicos Asociados en una de sus clínicas ya plurimentadas en el expediente de igual manera no guarda congruencia el hecho de que Centro Nacional, tanto con la solicitud de la demanda como con el recaudo probatorio en qué Centro Nacional de que solicitan se declare un contrato realidad entre la demandante y Médicos Asociados y solidaria en el pago de posibles derechos a Centro Nacional de Oncología pero se trastocan la decisión en el sentido de que se prueba que el verdadero empleador fue Médicos Asociados, Centro Nacional de Oncología, un mero intermediario y se condena al pago del lapso de los derechos ciertos e indiscutibles además, como la sanción del artículo 65 única en el lapso julio a septiembre de 2018, como responsable de esos derechos declarados única y exclusivamente a Centro Nacional de Oncología pero no solidariamente a Médicos Asociados en primera instancia o en primera ratio, como era la solicitud del demandante habiéndose reitero, probado que no era centro nacional de oncología el empleador real y material, de igual manera, con relación a la sanción del artículo 65 invocada, se puede prever que en ningún momento Centro Nacional de Oncología, actuó de mala fe ni en ánimo defraudatorio por parte de los intereses de la demandante por el contrario, durante la ejecución de la relación laboral que tuvo aquella con Médicos Asociados propendió por una garantía de sus derechos laborales, más aún posterior a la terminación de la relación laboral con Médicos

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia las declaraciones efectuadas ni las condenas impuestas en primera instancia en contra de las demandadas MEDICO ASOCIADOS S.A. EN LIQUIDACIÓN, la FUNDACIÓN COLOMBIA NUEVA VIDA y a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA de TRABAJADORES PARA LA SALUD ACOTSALUD.

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si en el lapso comprendido entre el 1º de julio y el 30 de septiembre de 2018 la recurrente CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGIA EN LIQUIDACION fungió actuó como un simple intermediario o como un verdadero empleador y, en dado caso, (ii) las obligaciones que pudieron surgir en su contra.

Para resolver lo que corresponde el artículo 34 del CST en el numeral 1º señala que son simples intermediarios: *“las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}”*, y en el numeral 3º dispone claramente que: *“El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas”*.

Con esta disposición normativa y revisado el expediente, el Tribunal modificará la decisión de primera instancia y dictará las condenas que corresponden a la verdad procesal, pues la condición de *simple intermediario* en la demandada CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGIA S.A. (CNO) respecto del contrato de trabajo que ejecutó la demandante

Asociados y la demandante buscó los mecanismos para que sus derechos fueran satisfechos por parte de su real empleador médico asociado eso no es actuar de mala fe, su señoría, por el contrario es actuar de buena fe, lastimosamente en el real y cierto responsable de los derechos que se reclama en el lapso agosto, julio a septiembre de 2018, el presente asunto esto es Médico Asociados de cara a su fallo, resulta impune sin ninguna sanción de cara a lo precitado extremo de relación laboral en ese orden de ideas, solicito su sentencia sea revocada en segunda instancia por el superior jerárquico y se declaren probados todas las excepciones propuestas en el presente asunto si el Tribunal Superior de Bogotá considera que debo exponer las causales o motivos en lo que fundamento en la apelación lo haré en la oportunidad procesal correspondiente. Muchas gracias.”

desde el 1º de julio de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2018, cuyo empleador verdadero fue MEDICOS SOCIADOS S.A., no fue objeto del debate judicial que planteó la demanda, ni pudo formar parte -en consecuencia- de las materias en controversia.

Desde el inicio del proceso la demandante afirmó un vínculo laboral con la sociedad MEDICOS ASOCIADOS S.A. y reclamó, de dicha sociedad, el pago de sus derechos laborales, indicando que la intervención del CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. fue formal y corta, pues los servicios se prestaron en la Clínica Nicolás de Federmán que es un establecimiento de la persona jurídica a la que vinculó al proceso como su empleador y de quien reclamó el pago de las prestaciones sociales: MEDICOS ASOCIADOS S.A..-

Frente a estas afirmaciones, la demandada CNO S.A. reconoció la suscripción de un contrato de trabajo y que este terminó *“por sustracción de materia teniendo en cuenta que no subsistieron las causas que le dieron origen”*, argumentando que el verdadero empleador de la demandante fue MÉDICOS ASOCIADOS pues los servicios se prestaron en la Clínica Nicolás de Federmán de su propiedad. Tal condición (de ser un simple intermediario) la reiteró como argumento del recurso para pedir que se modifique la decisión apelada en lo que sea pertinente.

En la situación referida, la declaración de existencia de una relación de trabajo directa de la demandante con la sociedad CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGIA S.A. no era procedente.

Lo que procedía era declarar el tipo de responsabilidad que corresponde a dicha sociedad por haber ejercido como un *simple intermediario*, sin anunciar esa condición al trabajador desde el inicio de la relación de trabajo. El numeral 3º del artículo 34 del código Sustantivo de Trabajo²

² CST. **“ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.**1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

asigna al simple intermediario responsabilidad *solidaria* sobre los derechos que surgieron a cargo del verdadero empleador -en el caso presente MÉDICOS ASOCIADOS S.A.-, durante el tiempo de la relación de trabajo en la que actuó como *simple intermediario*, cuando no ha anunciado la condición en la que actúa.

En el caso presente CNO S.A. no probó haber anunciado la condición de simple intermediario a la trabajadora en el momento de la vinculación, y por ello debe responder solidariamente por los derechos laborales surgidos entre el 1º de julio y el 30 de septiembre de 2018 cuyo monto y existencia no fueron objeto de apelación.

Nótese que si bien la relación de trabajo (servicios personales) no tuvo interrupción desde su inicio hasta la terminación el 26 de febrero de 2019 y la demandante cumplió durante todo el tiempo la función de Auxiliar de enfermería especializada, fue la misma demandada hoy recurrente (CNO SA) quien reconoció la existencia de un contrato de trabajo diferente y que dicho contrato terminó “*por sustracción de materia teniendo en cuenta que no subsistieron las causas que le dieron origen*”. Frente a esta confesión, no cabe aplicar la figura de la sustitución patronal o las consecuencias que regula el artículo 69 del del CST, figura que de todas formas tampoco fue alegada por CNO S.A. como un argumento de su defensa en primera instancia, lo que impide su estudio en segunda instancia.

Como el valor de los derechos nacidos en favor de la demandante entre el 1º de julio y el 30 de septiembre de 2018 fue definido en la sentencia apelada, y sobre su existencia no se propuso apelación, se declarará lo que corresponde, advirtiendo que la responsabilidad solidaria cubre todas las obligaciones surgidas a cargo del deudor principal, incluso la indemnización moratoria, pues es la misma Ley quien asigna a dichos pagos el carácter de *indemnización*, y no de *sanción*. En este sentido la buena o mala fe se debe analizar frente al empleador verdadero y no frente al deudor solidario. La culpa es exclusiva del empleador y el deudor

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

Exp. 32 2020 00374 01

Clara Inés Soto Morales contra Médicos Asociados S.A en liquidación y otros.

solidario es garante del pago, no porque se le haga extensiva la culpa, sino por la existencia de solidaridad frente a la obligación *indemnizatoria*.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que en el periodo transcurrido entre el *1 de julio y el 30 de septiembre de 2018* MEDICOS ASOCIADOS S.A. fue el empleador de la demandante.
2. **MODIFICAR** los numerales TERCERO y CUARTO de la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que el deudor principal de las obligaciones declaradas en estos numerales es la sociedad MEDICOS ASOCIADOS SA, y para **DECLARAR** que frente a dichas obligaciones la sociedad CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGIA SA es deudor solidario.
3. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en lo demás.
4. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Exp. 32 2020 00374 01

Clara Inés Soto Morales contra Médicos Asociados S.A en liquidación y otros.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE CARMEN LILIANA PALOMO CONTRA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Y VINCULADA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS, SKANDIA, y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 19 de enero de 2024 por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CARMEN LILIANA PALOMO presentó demanda contra OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de la AFP PROTECCIÓN, *por falta de información cierta, suficiente, clara, oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación*. En consecuencia, pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a OLD MUTUAL trasladar a

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

COLPENSIONES la totalidad de los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, y a COLPENSIONES aceptar todos los aportes y rendimientos. (ver demanda folios 6 a 41 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL) se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante goza de validez por cumplir con todos los parámetros legales exigidos para la época de traslado. Señala que la demandante tuvo varias oportunidades para trasladarse de régimen pensional y no lo hizo. Considera que al no ser el fondo con el que se realizó el traslado de régimen, tan sólo debía suministrar información sobre el traslado horizontal la cual proporcionó en debida forma. Formuló como excepciones de fondo las que denominó: *prescripción, buena fe y la genérica* (ver contestación folios 3 a 27 archivo 02, primera instancia).

Dentro del término de traslado SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a la MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folios 60 a 65 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se rechazó por auto del 12 de septiembre de 2022 (archivo 12, ibídem.).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda con fundamento en que al expediente no se aporta prueba que acredite que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en algún error por falta al deber de información por parte de la AFP o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Tampoco alguna nota de protesta que permita inferir con probabilidad de certeza que se encontraba inconforme con el régimen al que estaba afiliada. Por el contrario, las pruebas documentales dan cuenta de que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no es procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de mérito las que

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

denominó: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 40 archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se demuestra con el formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no es causal de nulidad, porque la fórmula para dicho cálculo está contemplada en la Ley 100 de 1993, y que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica*.(ver contestación folios 3 a 24 del archivo 11, y su subsanación folios 3 a 13 archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 07 de marzo de 2023 el juez *a quo* ordenó la vinculación de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS como litisconsorte necesario por pasiva (archivo 19, primera instancia).

COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra, en especial a la declaración de nulidad del traslado efectuado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen y, agregó que brindó a la demandante una asesoría integral

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

y completa sobre todas las implicaciones de trasladarse dentro del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, ventajas y desventajas, bonos pensionales, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y derecho de retractó, como consta en el formulario correspondiente que suscribió la demandante. Resaltó que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen ratificaron su voluntad de permanencia lo que desvirtúa el presunto engaño al que habría sido sometido para realizar el traslado. Expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima de alcanzar la pensión. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.* (ver contestación folios 3 a 18, archivo 20, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de enero de 2024 mediante la cual el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que DAVIVIR hoy PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada a CARMEN LILIANA PALOMO identificada con cedula de ciudadanía 39.789.496, afiliada el 23 de noviembre de 1994 a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN. SEGUNDO: DECLARAR que CARMEN LILIANA PALOMO actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a SKANDIA fondo actual de la demandante realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de CARMEN LILIANA PALOMO, a*

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de CARMEN LILIANA PALOMO al régimen de prima media e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante. QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN, a COLFONDOS y SKANDIA a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración de los dineros descontados para seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique. SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración dada en el hecho anterior. SÉPTIMO: DECLARAR NO probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme a lo expuesto en parte motiva de esta providencia. OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN, COLFONDOS y COLPENSIONES. Agencias en de derecho quedan distribuidas así: PORVENIR 2 smmlv, PROTECCIÓN 2 smmlv, COLFONDOS 1.5 smmlv, COLPENSIONES 1 smmlv.” (Audiencia virtual, récord 22:39, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En esta misma diligencia, de oficio el juez corrigió el numeral OCTAVO de la sentencia “para excluir de la condena en costas a PORVENIR pues no es sujeto procesal, incluir a SKANDIA en costas procesales, agencias en derecho 1 smmlv”.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS solicita se revoque la condena impuesta a esta entidad. Afirma que los gastos de administración se causan tanto en el RPM y en el RAIS, estos no financian la pensión y en todo caso cuando se ordena su devolución no llegan al afiliado, por lo que no se puede considerar que generen un perjuicio. En cuanto a las primas de seguros previsionales, afirma que no es procedente su devolución como quiera que la demandante contó con la

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

cobertura en el tiempo de la afiliación¹ (Audiencia virtual, récord 27:26, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA solicita que se revoque el numeral quinto de la sentencia de primera instancia. Afirma que los gastos de administración son de origen legal y cumplieron con su finalidad. Señala que dichos recursos están destinados a la administración y buen manejo de los recursos pensionales de los afiliados y que los mismos no están destinados al financiamiento de la pensión de vejez, por lo que ordenar su reintegro configurara un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones²

¹ “gracias señor juez, siendo la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho en lo que tiene que ver en la condena contra colfondos toda vez que dentro del proceso que nos ocupa no se estableció la responsabilidad de la afp y por ende, no es viable concebir la entrega a los gastos de administración además el demandante no se vio afectado por el cobro de estos conceptos dado que si hubiese estado en el régimen de prima media igual si hubiesen causado al 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte así pues de acuerdo a la línea jurisprudencial de la honorable corte suprema de justicia los gastos de administración son procedentes bajo los siguientes argumentos, primero, la ratio decidendi de la línea jurisprudencial es proteger a los afiliados, pero debe anotarse que en cualquiera de los dos regímenes se cobra la comisión del 3% segundo el mencionado porcentaje en ningún caso corresponde a un capital destinado para financiar la pensión razón por la cual la no devolución de este concepto no afecta el monto de la pensión del régimen de prima media y tercero, cuando la afp devuelve los gastos de administración los mismos no llegan al afiliado sino que ingresen al patrimonio Colpensiones y por tanto, no puede considerarse que dicho pago indemniza a un supuesto perjuicio que sufrió el afiliado razón por la cual un cambio de posición respecto a los gastos de administración en ningún caso afecta la afiliado y en esa medida no va a en contra la ratio decidendi de otro lado en cuanto a las primas de seguro la póliza previsional es contratada por la afp en beneficio y provecho de los afiliados, razón por la cual la entidad solo tiene un rol de intermediario en consecuencia, la afp recauda las primas de seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora dicho recurso no ingresan al patrimonio de la administradora por lo tanto, es improcedente que la afp devuelva unos recursos que nunca recibió desde la perspectiva de aseguradora previsional, debe señalarse que se presto efectivamente el servicio, es decir, por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva ella asumió los riesgos de invalidez y muerte del afiliado y si los mismos se hubiese materializado le hubiere correspondió el pago de la suma adicional para financiar las correspondientes pensiones es decir se trata de un contrato que fue debidamente ejecutado cuyos efectos no se pueden retrotraer como consecuencia de la ineficacia, de acuerdo a lo anterior, dejó sentado el recurso de apelación gracias, señor juez”

² “gracias su señoría dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia que usted acaba proferir particularmente contra el numeral quinto solicitando a los honorables magistrados del tribunal superior del distrito judicial, en su sala laboral para que se revoque la condena impuesta a mi representada respecto a la devolución de gastos de administración de primas y seguro previsional por cuanto los gastos de administración tal y como su naturaleza y nombre jurídico lo indican son recursos destinados a la administración y buen manejo de los recursos pensionales de los afiliados en el sistema general de pensiones razón por la cual no son del afiliado y los mismos no están destinados al financiamiento de la pensión de vejez, en esa medida, ordenar el reintegro de dichos conceptos se configuraría en un enriquecimiento sin justa causa a favor de colpensiones adicionalmente y de acuerdo con los argumentos presentados en los alegatos de conclusión, se demostró que es skandia cumplió con la obligación de administrar adecuadamente la cuenta de ahorro individual de la demandante, generando los respectivos rendimientos de rentabilidad mínima exigidos por la superintendencia financiera de Colombia por cuanto ordenar el reintegro de dicha comisión violaría los principios de buena fe, confianza legítima y debido proceso en lo que respecta a las primas del seguro previsional que cubre la invalidez y muerte es de señalar que estos recursos son destinados para cubrir dichas contingencias por tanto estos no hacen parte ni se encuentran en las arcas que administras skandia pues dichos dineros se trasladan a la aseguradora con la que se tiene contratado el

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 29:42, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso COLPENSIONES indica que actuó de conformidad con el ordenamiento jurídico legal respecto a la declaración de nulidad, como quiera que la demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición y así regresar al RPM. Solicita se le absuelva de la condena en costas³ (Audiencia virtual, récord 31:57, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

seguro previsional adicional a ello se señalar su señoría que durante la vigencia de la vinculación de afiliación de la demandante está hecho uso de dicho contrato por tanto ha estado cubierta en todo momento ante dichas contingencias y en esa medida al declarar la ineficacia de su afiliación, se busca retrotraer todas las situaciones o condiciones del estado inicial y en esa medida, en virtud de las restituciones mutuas, no podría ordenarse, devolver o asumir dicho concepto, más aún cuando la demandante, durante su vinculación con mi representada, se ha beneficiado de dicha cobertura a todo momento en esa medida dejó representado mi recurso de apelación muchas gracias su señoría.”

³ *“sí doctor, siendo esta la oportunidad procesal pertinente me permito presentar el recurso de apelación en los siguientes términos, puesto que considero que Colpensiones actuó de conformidad con el ordenamiento jurídico legal lo anterior respecto a la declaración de nulidad de afiliación por parte del demandante teniendo en cuenta que para el caso concreto que nos ocupa pues no reunió los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición y poder regresar a sí mismo al régimen de prima media en cualquier momento esto teniendo en cuenta la fecha en la cual se hizo la solicitud y teniendo en cuenta la línea jurisprudencial que se ha venido desarrollando donde se señala pues que la falta de información completa por parte del afiliado de la administradora de pensiones como tal puede configurar un engaño que conlleva la anulación del traslado sin embargo se considera que estas provincias son mayoritarias y que resaltan las condiciones y las expectativas legítimas pensionales de los demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual en la medida que pues la información de traslado resulta trascendental para los afiliados en cuanto a las costas solicito desestimar la condena impuesta anteriormente teniendo en cuenta el artículo 48, inciso 5 de la constitución política y el artículo 365 numeral 5 del código general del proceso del código general del proceso en ese sentido, dejó presentado mis recursos su señoría.”*

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 23⁴ años de edad y había cotizado 270.00⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 4 años, 6 meses y 3 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir

⁴ Nació el 11 de julio de 1971, folio 01 archivo 01.

⁵ Ver historia laboral de Skandia folios 50 a 56 archivo 02, folios 223 a 227 archivo 03.

⁶ Ibidem

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

la edad mínima para adquirir el derecho a pensión (tenía 48 años de edad- ver folio 01 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{7, 8}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

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

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

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

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

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que recibió una asesoría individual de parte del fondo privado en la empresa donde laboraba en esa época, le informaron sobre la crisis por la que atravesaba el ISS y le expusieron sobre los beneficios de acceder a la pensión anticipadamente, el asesor diligenció el formulario y ella lo suscribió. Agrega que no tuvo ilustración sobre las particularidades de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 19 de enero de 2024, récord 11:40).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de aquella y de PROTECCIÓN y COLFONDOS por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de ellas, (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, SKANDIA y COLFONDOS.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, SKANDIA y COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 33 2019 00792 01
Carmen Liliana Palomo Contra Colpensiones y otros.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 33 2019 00804 01
Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NUBIA STELLA BOLAÑOS SALCEDO
CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de febrero de 2024 por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NUBIA STELLA BOLAÑOS SALCEDO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada a través de PENSIONES Y CESANTÍAS ING hoy PROTECCIÓN, así como el posterior traslado a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, como quiera que estuvo precedido de

EXP. 33 2019 00804 01

Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

publicidad agresiva y engañosa, con omisión de información, clara, cierta y veraz, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales. En consecuencia, solicita que se declare para todos los efectos legales que siempre estuvo afiliada en el RPM y se trasladen a COLPENSIONES de las sumas de dinero recibidas con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y los respectivos reajustes económicos. Además, pide que se le reconozcan los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado de la señora demandante al Régimen de Ahorro Individual (ver demanda folios 154 a 172 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones y en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante, con fundamento en que el traslado fue un acto existente, válido, con causa y objeto lícitos, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se demuestra con el formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993. La intención de la demandante de permanecer en el RAIS resulta evidente, pues estuvo afiliada a este régimen por 26 años y tuvo oportunidades legales para trasladarse, pero no lo hizo. Aunado a ello, se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Finalmente, no es procedente la devolución de los gastos de administración debido a que estos rubros no financian el derecho pensional del afiliado, invoca el concepto de la Superfinanciera donde afirma que, en los eventos de nulidad o ineficacia del traslado, el fondo privado solamente está obligado a retornar el saldo de la cuenta individual sin que haya lugar a los gastos de administración y los rendimientos financieros porque de lo contrario habría un enriquecimiento sin justa causa. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de *prescripción, buena fe, compensación, inexistencia de la obligación y la excepción genérica* (ver contestación folios 2 a 30 del archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 33 2019 00804 01

Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

PROTECCIÓN S.A., se opuso también a las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que el acto de traslado es existente, válido y exento de vicios del consentimiento, pues se realizó de manera libre y espontánea en los términos de artículo 11 del Decreto 692 de 1994, tal y como consta en la firma del formulario de afiliación. No es posible solicitar la ineficacia del acto de traslado cuando se invoca como fundamento la inobservancia de expectativas económicas sobre el valor de la mesada pensional, pues esta figura jurídica se aplica cuando hay vicios del consentimiento, situación que no se presenta en el caso en concreto. Se opone el fondo al pago de intereses moratorios, debido a que estos solamente proceden cuando el afiliado presenta la solicitud de pensión ante las administradoras y existe retardo en el reconocimiento, supuesto de hecho que no se acredita en este caso. Finalmente, se opone al pago simultáneo de rendimientos financieros y de la indexación, en virtud de que ello constituiría un enriquecimiento sin justa causa, pues esos dineros ya se encuentran debidamente actualizados. Invocó como excepciones de mérito las siguientes: *“inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, Traslado y movilidad en el RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliada a dicho régimen y traslado de la totalidad de aportes a la AFP PORVENIR (ver folios 3 a 21 del archivo 04 del expediente digital de primera instancia).*

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Afirma que no hay elementos probatorios que permitan acreditar que la demandante fue víctima de un vicio del consentimiento o de una falla al deber de información, ni tampoco se evidencia una nota o anotación de protesto que permita hacer evidente su inconformidad al traslado de régimen. De lo anterior, concluye que la afiliación de la señora NUBIA STELLA se dio de manera libre y voluntaria,

EXP. 33 2019 00804 01

Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

además que se encuentra inmersa en la restricción del artículo 2 de la ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito las siguientes: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, Descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP COLPENSIONES por ser tercero de buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social en el orden público y la excepción innominada o genérica (ver folios 02 a 52 del archivo 10 del expediente digital de primera instancia).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de febrero de 2024 mediante la cual el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que IG hoy PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria al RAIS caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *PRIMERO. DECLARAR la INEFICACIA del TRASLADO al régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada, la señora NUBIA STELLA BOLAÑOS SALCEDO Identificada con Cédula de Ciudadanía 35.520.605 afiliada al 31 de diciembre de 1994 a ING hoy PROTECCIÓN. SEGUNDO. DECLARAR que NUBIA STELLA BOLAÑOS SALCEDO actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de Prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO. ORDENAR a PORVENIR fondo actual de la demanda a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora NUBIA STELLA BOLAÑOS SALCEDO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. CUARTO. ORDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas*

EXP. 33 2019 00804 01

Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

anteriormente descritas, así como activar la afiliación de NUBIA STELLA BOLAÑOS SALCEDO al régimen de prima media con prestación definida, e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante. QUINTO. CONDENAR a PROTECCIÓN y a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, dineros descontados por seguros previsionales y pensión de garantía mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el mensaje pormenorizado de ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que lo justifique. SEXTO. CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior. SÉPTIMO. DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y demás presentadas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. OCTAVO. COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES. Agencias en derecho quedan así: PROTECCIÓN dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, PORVENIR 1.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, COLPENSIONES un salario mínimo legal mensual vigente, estos en favor de la parte demandante” (Audiencia virtual, récord 49:10, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, PORVENIR solicita que se revoque el numeral quinto de la sentencia de primera instancia. Afirma que al momento del trasado las únicas sumas que se deben retornar son los aportes y los rendimientos. Asegura que administró en debida forma y de conformidad con la normatividad, los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual, además no resulta viable devolver los gastos de administración y las primas de seguros previsionales porque COLPENSIONES se estaría enriqueciendo sin justa causa por la administración realizada por un tercero, asimismo, -alega- estos gastos de administración no financian la mesada pensional por lo que se les debe aplicar la figura de prescripción. Indica que en la cuenta de ahorro de individual se encuentran los rendimientos que superan con creces toda pérdida del poder adquisitivo de la moneda que se haya podido sufrir, motivo por el cual, si se

EXP. 33 2019 00804 01

Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

llegase a ordenar una indexación, se estaría realizando una doble condena por el mismo concepto¹ (Audiencia virtual, récord 59:17, archivo 26, primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

¹ “En esta oportunidad procedo con la presentación de recursos de apelación de forma parcial, solicitamos amablemente a los señores magistrados revocar la decisión en lo atinente o lo que se hizo referencia de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en lo concerniente al numeral quinto, y esto es ¿cuáles son los valores a trasladar ante una declaratoria de una ineficacia de traslado? Si nos remitimos previamente al artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los únicos valores serían los consistentes aportes y rendimientos. No existe alguna determinación para que se Y no determinación normativa que implique la devolución por los conceptos de gastos de administración o seguros previsionales de forma indexada por las siguientes premisas. Se cumplió a cabalidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con esa debida administración y el cobro ante esa causación de rendimientos de la parte demandante o del afiliado y bajo ese criterio PORVENIR estaba cumpliendo a cabalidad con sus obligaciones, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES al endilgársele o tener a favor sumas o conceptos estos mismos que a partir del año 1994, pues no han sido administrados por el régimen de Prima MEDIA y desde luego, debemos señalar que la vinculación se adelantó con HORIZONTE para el año 2006, es decir, que solamente para el momento de la fusión con PORVENIE en el año 2013, pues eh, se adelantaron esas actuaciones de obligaciones y derechos que tenía en efecto HORIZONTE. Sin embargo, en ese traslado o fusión de obligaciones, pues no sé, fijaron a consecuencia de estos de estos procesos a futuro, y pues está desconociendo en este criterio se está endilgando a PORVENIR, asumir unas cargas u obligaciones que, dadas las características de la fusión, no se enmarca enmarcar. En efecto, también se debe señalar que los conceptos o rubros por gastos de administración, no tienen la naturaleza de financiar una mesada pensional, y pues ante ellos, señores magistrados solicitamos en la aplicación de la figura de (inaudible), ahora bien y con respecto a los seguros previsionales, debemos señalar que son obligaciones de tracto sucesivo que adicional la DEMANDANTE a lo largo de su vigencia o vinculación con mi representada, pues obtuvo la cobertura para las contingencias de invalidez y sobrevivencia. Importante señalar que si bien las contingencias no se presentaron, si la cobertura estuvo activa y que estos, pues fueron brindadas por terceros ajenos de buena fe, que en efecto pues ya se ha ha causado, por así decirlo, la prestación o activación de las pólizas y ante ello tampoco podría ser efectiva esa devolución de conceptos cuando propiamente no fue, en efecto, de una utilidad de PORVENIR, sino propiamente para o en favor de la parte demandante de la indexación ordenada, debemos señalar, señores magistrados que como bien se ha venido insistiendo, la demandante cuenta con más de un 77% de rendimientos en una suma mayor a 472 millones de pesos, es decir, que favorablemente la demandante, pues ha obtenido rendimientos estos quedan en últimas, se encuentran debidamente actualizados y que con creces ya superaron cualquier situación de devaluación económica. He de traer a colación, pues, la sentencia del Tribunal de Cundinamarca, dentro del proceso 02 - 2021 111, la demandante Felicia León Poveda, en el cual precisó el tribunal que resulta ser una doble condena para el fondo privado el endilgársele una un retorno de rendimientos y una indexación, cuando propiamente estos primeros, pues ya incluyen los frutos intereses que se obtuvieron durante la vigencia de la vinculación y cuando y pues ante ellos señores magistrados, al resultar ser una doble condena para mi representada, pues solicitamos se revoque la decisión con respecto a la indemnización dado lo anteriormente mencionado. En estos criterios, pues señores magistrados que solicitamos la revocatoria del número del quinto y así dejamos sentado el recurso de apelación, muchas gracias.”

EXP. 33 2019 00804 01

Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

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

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

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

EXP. 33 2019 00804 01

Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

tenía 28² años de edad y había cotizado 161,7³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años, 1 meses y 6 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 52 años de edad ver folio 150 del archivo 23 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁵,⁶. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

² Nació el 08 de julio de 1966, folio 4 archivo 01.

³ Ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Folios 90 a 94 archivo 03 expediente digital de primera instancia

⁴ Ibidem

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

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

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

EXP. 33 2019 00804 01

Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR (antes AFP HORIZONTE) no

EXP. 33 2019 00804 01

Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que recibió una asesoría grupal en su puesto de trabajo, le mencionaron que el Instituto Social se acabaría y la opción para no perder sus aportes era trasladarse al fondo privado. Le dijeron que podría obtener el reconocimiento de una pensión con una edad menor a la exigida en el RPM, y con menos semanas cotizadas. No recibió información sobre las características de cada régimen, ni sobre las ventajas y desventajas (Audiencia virtual 14 de febrero de 2024 archivo 26, primera instancia).

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

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

EXP. 33 2019 00804 01

Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

con solidaridad de la demandante incluyendo sumas adicionales de la aseguradora, traslado de dineros efectuados por la otra AFP, bonos pensionales, gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de esta y de PROTECCIÓN por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

EXP. 33 2019 00804 01
Nubia Stella Bolaños Salcedo Contra Colpensiones y otros.

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

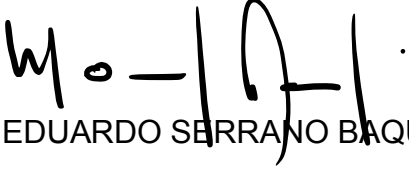
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 36 2019 00886 02
Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS GUILLERMO ROJAS MONTENEGRO
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS, Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, VINCULADA SKANDIA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, SKANDIA Y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 12 de febrero de 2024 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUIS GUILLERMO ROJAS MONTENEGRO presentó demanda contra LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad y/o ineficacia* del traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado mediante la AFP PORVENIR en el año 2001. En consecuencia, pide que se declare que para todos los efectos legales siempre permaneció en el RPM, se condene a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados y se

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

ordene a esta última tener en cuenta las semanas cotizadas para efectos de pensión en dicho régimen (ver demanda folios 1 a 20 del archivo 01, primera instancia).

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

COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra, en especial a la declaración de nulidad del traslado efectuado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen. Afirma que brindó asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones de trasladarse dentro del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, ventajas y desventajas, bonos pensionales, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y derecho de retracto, como consta en el formulario correspondiente que suscribió el demandante. Resaltó que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen ratificaron su voluntad de permanencia lo que desvirtúa el presunto engaño al que habría sido sometido para realizar el traslado. El demandante no es beneficiario del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima de alcanzar la pensión. En su defensa propuso como excepción previa la de *falta de integración de litisconsortes necesarios*, como excepciones de fondo propuso las de *buena fe, innominada o genérica y la de compensación y pago* (ver contestación folios 3 a 9, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Indica que el traslado del demandante fue libre y voluntario, en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, su decisión obedeció a la información brindada por los asesores de la AFP que efectuaron el traslado. Además, refiere que no se aporta ninguna prueba que demuestre algún vicio del consentimiento para invalidar la afiliación. Sostiene que de presentarse en este caso un error de derecho, éste no vicia el consentimiento. Advierte que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, por lo que le es imposible a esa entidad tenerlo como afiliado del RPM ya que ello contraviene el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Asegura que, de encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y se determine que la consecuencia es la nulidad del traslado, se deberá garantizar la devolución de la totalidad de los aportes

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

al RPM para el financiamiento de las pensiones. Presentó como excepciones de mérito las que denominó la *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 20 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante providencia de fecha 02 septiembre de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, y se dispuso vincular AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA como litis consorcio necesario (archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Enterada de la demanda SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS (antes OLD MUTUAL) igualmente se opuso a las pretensiones. Afirma que la afiliación del demandante a esa administradora se dio dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación y conforme a los postulados de buena fe. Sostiene que no es procedente la declaración de ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque ésta solo es aplicable a situaciones dolosas que no se acreditan ni se alegan en esta demanda, y en todo caso, -dice- garantizó el derecho al retracto mediante comunicado de prensa en el diario el Tiempo en el cual informó a los afiliados la posibilidad de trasladarse entre regímenes de acuerdo con las modificaciones introducidas con la Ley 797 de 2003. Aduce además que el demandante pretende desconocer la restricción de traslado contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Propuso en su defensa como excepciones de fondo las de *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participo ni intervino en el momento de selección de régimen, la asesoría brindada fue clara, comprensible y circunscrita a la situación particular del afiliado, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, configuración de reintegro de prima de seguro previsional, compensación, prescripción del porcentaje de los gastos de administración, prescripción de las acciones que*

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

se derivan del contrato de seguro, buena fe y genérica (ver contestación folios 2 a 15 del archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folio 60 a 67 archivo 19, trámite de primera instancia) el cual se negó por auto del 20 de enero de 2023 (archivo 21, primera instancia), decisión que fue confirmada por esta corporación mediante auto de fecha del 31 de marzo de 2023 (archivo 04, cuaderno 02 segunda instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de febrero de 2024, mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por LUIS GUILLERMO ROJAS MONTENEGRO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con efectividad del 1 de marzo del 2001 a través del fondo ya indicado. SEGUNDO. ORDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a normalizar la afiliación del actor en el SIAFP y trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta ahorro individual del demandante, incluyendo 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 indexado, así como entregar el archivo y el detalle de los aportes realizados durante la permanencia en el RAIS. TERCERO. ORDENAR a PORVENIR y SKANDIA, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del actor durante la vigencia de la afiliación por*

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

gastos de administración, comisiones, costos de primas de seguros previsionales y aportes realizados al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados. CUARTO. ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante. QUINTO. DECLARAR no probada la excepción de prescripción. SEXTO. CONDENAR en costas a COLFONDOS, PORVENIR y SKANDIA, liquidándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las mismas. SEXTO (sic). CONSÚLTESE con el superior la presente sentencia a favor de COLPENSIONES. (Audiencia virtual, récord 50:41, archivo 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la decisión de primera instancia. Afirmar que se dio una interpretación errada al artículo 1604 del CC, y, como a futuro el demandante pretende que esa administradora le reconozca una prestación, se afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema y aumenta de forma considerable el pasivo pensional. No es suficiente el traslado de los rendimientos y de lo contenido en la cuenta como quiera que las mesadas pensionales en el RPM se financian también con el valor que sea necesario por parte del estado. Permitir el retorno del demandante resulta contrario al concepto de equidad y al principio de eficiencia pensional. De confirmarse la sentencia pide que se condicione el cumplimiento de las condenas que le fueron impuestas, previo cumplimiento por parte de las AFP¹

¹ “Su Señorías, respetuosamente me permito interponer recursos de apelación en contra de la providencia dictada por su despacho dentro del proceso, y con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral revoque la decisión tomada en primera instancia y en su lugar, absuelva a mi representada administradora colombiana de pensiones - Colpensiones, aclarando en primer lugar que si bien se cuenta con un grado jurisdiccional de consulta, por políticas de la entidad que representa, me permite sustentar el recurso de apelación y los siguientes términos de conformidad con lo resuelto por la juzgadora de primera instancia, se presenta la existencia de la indebida o no de la interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ello teniendo en cuenta los fallos relacionados con el traslado de régimen. La interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte Suprema de Justicia hace que la responsabilidad encabeza los fondos se convierta en objetiva. Toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza, dolo al momento de afiliarse a RAIS, pero se obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo Por lo anterior se resalta que lo que pretende el demandante con la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado es que a futuro sea mi representada quien reconozca la prestación pensional, por lo que ruego a los señores magistrados tener en cuenta que esto afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema, y aumenta de forma considerable el pasivo pensional ya existente con el que cuenta la entidad, ya que no basta con el traslado de los rendimientos y el ahorro total de la cuenta de la parte actora a Colpensiones, pues ha de recordarse que las mesadas pensionales en el régimen de prima media no se financian únicamente con los aportes del afiliado, como pasa en el RAIS, sino que el Estado proporciona el valor necesario, subsidiando el mayor porcentaje de la prestación, y teniendo en cuenta esto, adicional al gran número de demandas en contra de mi

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 52:18, archivo 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA, pide que se revoque el numeral tercero de la sentencia, en el cual se ordena el traslado de los rendimientos, gastos de administración y las primas de seguro previsional debidamente indexados, puesto que los mismos ya fueron entregados en consecuencia del traslado horizontal realizado por la demandante, por lo que no considera viable jurídicamente retornar dichos emolumentos; ordenar la devolución de estas sumas genera una doble condena. Pide en caso de que se ordene devolución de alguna de estas sumas que no ordene indexarlas como quiera que no fue pedido en la demanda, y con la indexación se estaría sancionando en dos oportunidades al fondo, además con los rendimientos se compensa la pérdida de poder adquisitivo de la moneda² (Audiencia virtual, récord 55:44, archivo 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

representada por este mismo tema, es Colpensiones quién realmente sufre las consecuencias del actual de las AFP, hecho que afecta al sistema de forma grave y permanente. Por tanto, al permitir que una persona que cuenta con la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad, sino también al principio de eficiencia pensional por todo lo expuesto, solicito respetuosamente a los honorables magistrados, se revoque la decisión tomada por la falladora de la primera instancia y en su lugar se absuelva a mi representada, la administradora colombiana de pensiones Colpensiones Como petición subsidiaria, solicito el honorable tribunal en caso de no acogerse a los argumentos expuestos por mi representa en consecuencia, la sala confirme la providencia objeto de alzada, solicito que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de la suma sobrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por las AFPs, como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima y gastos de administración, y los demás a que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado a los fondos privados, como quiera que mis representada, no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto las AFP reintegren los recursos y se actualicen los datos del demandante en la respectiva base de datos así hemos sustentado el recurso de apelación su Señoría, muchas gracias”

² “Gracias de manera respetuosa, presento y formulo recurso parcial de apelación contra la sentencia que aquí se acaba de proferir tener en consideración los siguientes argumentos La sentencia en el numeral tercero ordena a mi representada Skandia a trasladar hasta Colpensiones, gastos, sumas de seguros previsionales debidamente indexados, frente a lo cual señoría, presento este recurso, dado que como bien se acreditó durante transcurso de este proceso mi representada, no cuenta con recurso alguno a cargo al demandado. No olvidemos que a través del certificado que se expidió el 17 de septiembre del año 2022 que se aportó con el escrito en la contestación, se indicó qué emolumentos se trasladaron hacia Colfondos, dado el traslado horizontal que revisión demandada, generando así más de 199.000.000 de pesos en los cuales estaba incluida la cotización obligatoria, la mora, la cotización voluntaria y Fondo de Garantía de pensión mínima Todo ello da a concluir que efectivamente, entre los parámetros legales Skandia trasladó en su oportunidad todos los recursos que tenía a su disposición en consecuencia, no considera viable jurídicamente que se ordene tiempo después, estamos hablando de un transcurso de más de 7 años en los cuales la cuenta estaba inactiva y en este orden de ideas no es dable trasladar recursos como son los gastos y las primas existen normas que regulan la materia, y específicamente encontramos el Decreto 3995 del año 2008, artículo séptimo, que regula qué recursos debe trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, y encontramos que

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

En el recurso de PORVENIR, pide también que se revoque la orden de trasladar los gastos de administración y primas de seguros previsionales. Las únicas sumas que deberían retornarse son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado; frente al fondo de garantía de pensión mínima solicita se le autorice descontar dicha suma de la cuenta especial destinada para tal fin; en relación con la indexación de los emolumentos expone que lo contenido en la cuenta de ahorro individual no se vio afectado por la inflación pues gracias a la administración del fondo se generaron rendimientos superiores a los que obtendría de permanecer en el RPM, por lo que solicita su compensación³ (Audiencia virtual, récord 59:44, archivo 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

en esa norma no contempla los referidos gastos ni primas de seguros pensionales En consecuencia, no es dable que hoy día se generen estos traslados, aún más cuando dicha norma guarda relación armónica con las disposiciones de ley 100 que la da una destinación específica estos gastos, a este porcentaje de gastos de administración. Específicamente, la correcta y sobre todo eficiente administración de los realizados por la demandante, generando así unos rendimientos Es así, Señoría, honorables magistrados que se solicita la revocatoria de esos emolumentos que fue condenado a mi representada, y se exonere o se, se absuelva mi representada de cualquier rubro que deba trasladar hacia Colpensiones, siendo en este orden de ideas, la única responsable de generar traslados de recurso alguno, sería el último fondo en ese orden, ideas su Señoría atendiendo pues las situaciones particulares de caso en concreto, presento ese recurso, pero si finalmente el Tribunal Superior de Bogotá confirma los referidos gastos de administración y primas de seguros previsional solicito que no se condene a mi representada la indexación que fue condenada con este proceso por varias situaciones La primera: no fue solicitada la demanda; lo segundo es que la indexación no opera de manera automática en ese tipo de procesos y juicios que revisten caracteres especial, y ordenar, indexación y además ordenar la devolución de los rendimientos y las comisiones, de esta manera se estaría así, sancionando en dos oportunidades a mi representada. Además de que deba trasladar comisiones, y además le va a trasladar a las demás administradores (sic) los rendimientos, pues de manera se estará compensando la decrecimiento (sic) de poder adquisitivo de la moneda y no habría lugar a imponer una indexación. Insisto, admitir ello sería como generar o aceptar una doble sanción por el mismo hecho de mi representada de manera, Señoría, muy concretamente vamos a presentar el recurso de operación parcial. Muchas gracias”

³ “Expongo mi recurso, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, pues interpongo el recurso de apelación en contra del fallo para que sea estudiado por los honorables magistrados del Tribunal superior de distrito oficial de Bogotá, y lo sustento en los siguientes términos, iniciando por solicitarle a los honorables magistrados que al momento de proferir su decisión y resolver el recurso, se tenga en cuenta lo que establece el artículo 113 y literal B de la ley 100, el cual señala cuáles son esos dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen en el mismo sentido de lo que señaló mediante concepto del 17 de enero de 2020, la superintendencia financiera, en el cual indica que en los casos en los que haya lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas que deberían retornarse son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda, pues la devolución de sumas distintas a las enunciadas frente ya cada una de las condenación particular quiero iniciar por los gastos de administración, frente a los cuales pues se debe señalar que esos son un descuento que se realiza en virtud de una disposición legal, que además, son un monto que también se le hubiese descontado al aquí demandante en caso de haber permanecido en el régimen de prima media y que además, este no está destinado a financiar la prestación de la afiliada y, por ende, pues, no le pertenece a él, sino al fondo, como una contraprestación de esa gestión que adelanta para incrementar el monto de la cuenta de ahorro individual, por lo que pues su no traslado en nada afectaría el eventual monto de una mesada pensional que se le pudiera reconocer al demandante en el régimen de prima media frente a los seguros previsionales, pues igualmente se debe recordar que estos son un descuento legal, que además esa misma, pues norma dispone cuál es esa

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

destinación que se le deben dar a esos recursos, que es la de consignarlos a una aseguradora, que si bien en el presente caso, pues no fue necesario afectar esas pólizas, como quiera que durante el tiempo que estuvo él aquí demandante vinculado con mis representada, no se materializaron los daños que se cubren con o los riesgos mejor que se cubren con esas pólizas, pues no es menos cierto que sí estuvo protegido frente a dichos riesgos, por lo que pues es un dinero que ya no hace parte del patrimonio de mi representada por otra parte, frente al Fondo de Garantía de pensión mínima, le solicito respetuosamente a los honorables magistrados y autorice a mi representada a descontar dicha suma no de su patrimonio, sino directamente de ese fondo, como quiera que pues si bien mi representada hacia el recaudo de dichas sumas y pues en teoría los administra estas sumas están destinadas a una cuenta específica que tiene pues igualmente una destinación específica y que de la cual pues únicamente se puede hacer uso en los casos en los que la ley pues lo señala, y con la autorización de la oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cual pues quiere decir que en ningún momento mi representada ha tenido ningún tipo de utilidad ni rendimiento de ese dinero, por lo que pues se solicita su autorización a descontarlo directamente de dicho fondo, teniendo en cuenta igualmente que pues en virtud del traslado que se ordena en la presente sentencia, pues tampoco va a ser necesario utilizar dicha suma en favor de él aquí demandante Por último, frente a la condena de indexar las sumas que se ordenan trasladar, valga recordar que esta figura jurídica la indexación, pues busca contrarrestar la devaluación que pueda tener el dinero en razón al transcurso del tiempo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que una de las obligaciones que deben cumplir las administradoras es la de garantizar esa rentabilidad mínima, de pues el dinero que exista en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, por lo cual pues sería incompatible que se ordene indexar pues cualquier suma de dinero, pues esos recursos de la cuenta de ahorro individual del aquí demandante, pues no se vieron afectados por la inflación, sino que por el contrario le generaron rendimientos, pues muy superiores a los que hubiese tenido en el régimen de prima media, por lo que pues ordenarle a mi representada que indexe cualquiera de las sumas que se le ordenó devolver, pues es imponerle una doble sanción, ya que los rendimientos financieros que obtuvo la cuenta de ahorro individual del aquí demandante, gracias a esa administración que realizó mi representada, pues con creces superan cualquier posible pérdida de poder adquisitivo de los dineros del aquí demandante, por lo cual pues en caso de que los honorarios magistrados consideren que hay lugar a indexar las sumas que se ordenaron trasladar, les solicitó muy respetuosamente se ordene pues la compensación de estas sumas de indexación con las sumas que obtuvo el aquí demandante a título de rendimientos financieros bajo esos argumentos, pues dejo expuesto mi recurso de apelación, solicitándole a los honorables magistrados que se revoque el fallo apelado en los puntos que fueron objeto del mismo muchas gracias Señoría, muchas gracias doctor.”

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 45⁴ años de edad y había cotizado 1028.29⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) no tenía 15

⁴ Nació el 09 de junio de 1955.

⁵ Ver historia laboral de Colpensiones, folio 22 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia.

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

años de servicios (tenía 13 años, 10 meses y 10 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad mínima de pensión (tenía 64 años de edad- ver folio 11 del archivo 05 expediente digital, trámite de primera instancia).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁷, ⁸. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así*

⁶ *Ibidem*.

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

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

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

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

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

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que a la oficina en la que trabajaba en ese momento llegó un asesor de PORVENIR, le contó cuales eran los servicios que prestaba ese fondo sin mayor detalle, le señaló que el ISS no tenía ningún futuro y que iba a quebrar, que los fondos privados tenían todo el apoyo de los bancos, entidades financieras de las compañías de seguros y que el ahorro estaba muy seguro (Audiencia virtual del 12 de febrero de 2024 el expediente digital, récord 9:34).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP COLFONDOS la devolución de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima debidamente indexados, a cargo de aquella y de PORVENIR y SKANDIA, pues así lo dispuso la Sala Laboral de la Corte en las sentencias que se siguen como referente (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a

EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁹), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, ambos conceptos deben ser devueltos.

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

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

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA y PORVENIR.

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

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

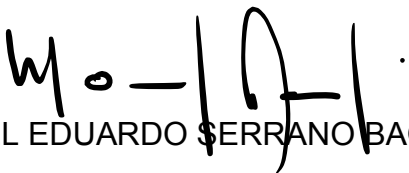
EXP. 36 2019 00886 02

Luis Guillermo Rojas Montenegro vs Colpensiones y otros.

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ERNESTO OLAYA ACOSTA CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad la sentencia dictada el 14 de febrero de 2024 por el Juez Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ERNESTO OLAYA ACOSTA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de PORVENIR en abril de 2004, así como su posterior traslado efectuado con la AFP SKANDIA *por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole a error y viciando su consentimiento*. En

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, con los rendimientos causados, y a COLPENSIONES aceptarlos y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad. (ver demanda folios 2 a 19 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que el traslado se realizó en virtud del derecho a la libre escogencia contenida en el literal e) de la ley 100 de 1993, con el cumplimiento de los requisitos que para la época se exigían pues de las manifestaciones del demandante no se lograba demostrar un eventual vicio del consentimiento que hiciera nulo o ineficaz el acto jurídico de afiliación a la AFP del RAIS; además, la información que aduce no se brindó por parte de la administradora de pensiones se encuentra contenida en la ley 100 de 1993, norma de público conocimiento. Advierte que el demandante tenía la obligación como consumidor financiero, de utilizar los mecanismos de divulgación de la AFP y adquirir conocimiento de manera autónoma frente al funcionamiento, condiciones y características de los regímenes pensionales. Propuso como excepciones de mérito las que tituló: *inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, solicitud de devolución de la totalidad de los recursos existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante (sic), y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 28 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la afiliación del demandante goza de validez por cumplir con todos los parámetros legales exigidos para la época de traslado. Señala que el acto jurídico de traslado no presenta ninguna irregularidad y se hizo previa información para que el demandante tomara la mejor decisión, lo que se encuentra probado con el formulario de afiliación. Manifiesta que el

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

demandante está alegando su propia culpa en su beneficio pues contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte de los fondos a los que estuvo vinculado. Como excepciones de fondo propuso las de *prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica* (ver contestación folios 2 a 28 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso asimismo a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que el traslado del demandante al RAIS estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de derecho que es lo que se alega frente a condiciones que están determinadas en la normatividad y son de público conocimiento, en todo caso, no se aportó prueba que permita indicar que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento a partir de lo cual se pueda establecer que dicho acto es nulo. Sostiene que no es viable que el demandante pretenda retornar al régimen de prima media cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse de régimen oportunamente, pese a lo cual, no solo continuó realizando cotizaciones en el RAIS, sino, además, efectuó traslados horizontales dentro del mismo régimen. Formuló como excepciones de fondo las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 2 a 24, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de febrero de 2024 mediante la cual el Juez Cuarenta y Siete (47) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del señor ERNESTO OLAYA ACOSTA del régimen de primera 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, efectuado el 15 de junio de 1999, con fecha de efectividad del primero de agosto de 1999, y consecuentemente los que realizó de manera horizontal entre LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO. CONDENAR a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. trasladar a la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones todos los valores que hayan recibido con motivo de la afiliación del señor ERNESTO OLAYA ACOSTA como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme a lo expuesto en la parte motivada de esta sentencia. TERCERO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar la afiliación del señor ERNESTO OLAYA ACOSTA al régimen de prima medida con prestación definida y recibir los valores provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas conforme a los expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO. CONDENAR a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., al pago de las costas del presente*

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

proceso, dentro de las cuales debería incluirse una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente 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 surta el grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia virtual, récord 56:25 archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia. Afirma que la carga de la prueba no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP, pues el demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender, ilustrarse y asesorarse de mejor manera. Indica que la negativa de retener al demandante como afiliado de este régimen se basa en el cumplimiento legal del literal e del artículo 13 de la ley 793 modificado por el artículo segundo de la ley 797 del 2003. Señala que dicho traslado generaría una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema pues el demandante está próximo a cumplir los requisitos para pensionarse. Solicita se revoque la condena en costas¹ (Audiencia virtual, récord 58:56, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Muchas gracias su Señoría. Por directriz expresa de la entidad que represento, me permito presentar recursos de apelación contra la decisión proferida por este despacho, solicitando respetuosamente a los honorables magistrados tener presente el tema de la inversión de la carga de la prueba, pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP co-demandada en atención a que el demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que se está mal. De igual manera, tampoco se puede considerar el demandante como la parte débil en este proceso, por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera se debe dejar claro que todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por mí representadas se encuentran permeadas de buena fe, y la negativa de recibir nuevamente aquí demandante se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal de literal e) del artículo 13 de la ley 793, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 del 2003 lo anterior, teniendo en cuenta que mi representada como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad, puesto que la Constitución Política en su artículo 346 así lo señala. Es por ello que la declaratoria ineficacia 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, pues el demandante ya está próximo a cumplir los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado, y además permite que aquellos que por buscar otros beneficios que ofrece el RAIS, como lo hizo el demandante al momento de darse cuenta que no podrá acceder a dichos beneficios, se van beneficiados con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de Prima media que permanecieron en este régimen en lo concerniente al pago de las costas, igualmente le solicito al honorable tribunal revocar las mismas por cuánto Colpensiones no adeuda suma alguna de dinero al demandante, e igualmente no se evidencia negligencia en el actuar de mí representada, pues la negativa de recibir al demandante en Colpensiones se ajustó a las previsiones legales de esta manera sustentaba mi recurso de apelación solicitando a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, provocando la*

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

En el recurso de SKANDIA pide se revoque la sentencia en lo relacionado con el traslado de los gastos de administración, que son destinados a la administración y al buen manejo de los recursos pensionales de los afiliados en el sistema general de pensiones, los que no están destinados a financiar la pensión de vejez. Indica que ordenar el traslado de dichos recursos configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Las sumas destinadas a los seguros previsionales tienen fuente legal y una destinación específica, y el demandante contó con la cobertura de las contingencias de muerte y sobrevivencia en la vigencia de la afiliación² (Audiencia virtual, récord 1:00.58, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

sentencia que se acaba de proferir y en su lugar, absuelva. Mi representada. Muchas gracias, señor juez.”

² “ *Dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia que usted acaba de proferir, particularmente contra el numeral segundo, solicitando a los honorables magistrados del Tribunal superior del distrito judicial en su sala laboral para que se revoque la condena impuesta a mi representada respecto a la devolución de gastos de administración, por cuanto los gastos de administración, tal y como su nombre y naturaleza jurídica lo indica, son recursos destinados a la administración y buen manejo de los recursos pensionales de los afiliados en el sistema general de pensiones, razón por la cual no son del afiliado y los mismos no están destinados al financiamiento de la pensión de vejez en esa medida ordenar el reintegro de dichos conceptos se configuraría en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Adicionalmente su Señoría y de acuerdo con los argumentos presentados en los alegatos de conclusión se demostró que Skandia cumplió con la obligación de administrar adecuadamente la cuenta de ahorro individual del demandante, generando los respectivos rendimientos de rentabilidad mínima exigidos por la superintendencia financiera, por cual de ordenar el reintegro de dicha comisión, violaría los principios de buena fe, confianza legítima y debido proceso en lo que respecta a las primas de seguro previsional que cubre la invalidez y muerte, es de señalar que estos recursos son destinados para cubrir dichas contingencias, por tanto estos no hacen parte ni se encuentran en las arcas que administra Skandia, pues dichos dinero se trasladan a la aseguradora con la que se tiene contratado el seguro previsional. Adicional a ello, es de señalar su Señoría que durante la vigencia de vinculación de afiliación del demandante, este hizo uso de dicho contrato. Por tanto, estuvo cubierto en todo momento ante dichas contingencias y en esa medida, al declarar la ineficacia de su afiliación, se busca retrotraer todas las situaciones o condiciones al Estado inicial y en esa medida, en virtud de las restituciones mutuas, no podría ordenarse, devolver o asumir dicho concepto. Más aún cuando el demandante, durante su vinculación con mi representada, se benefició de dicha cobertura en esa medida su Señoría dejo sustentados mi recurso de apelación. Muchas gracias”*

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

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

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

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

EXP. 37 2020 00192 01

Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

el demandante tenía 41³ años de edad y había cotizado 835,57⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 8 años 8 meses y 9 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad mínima para adquirir el derecho a pensión (tenía 62 años de edad- ver folio 33 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

³ Nació el 22 de septiembre de 1957, folio 33 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales folios 55 a 57 archivo 15

⁵ Ibidem

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

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

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

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

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

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

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que recibió una asesoría grupal, donde le informaron que tendría unos altos rendimientos y por ello debía trasladarse al fondo privado, le entregaron el formulario de afiliación y lo firmó (Audiencia virtual del 14 de febrero de 2024, récord 12:15).

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

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, los gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y primas de seguros previsionales, a cargo de aquella y de SKANDIA por el tiempo que estuvo afiliado a cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸) (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

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

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

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

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 37 2020 00192 01
Ernesto Olaya Acosta Contra Colpensiones y otros.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado