

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GUSTAVO ADOLFO MARTINEZ PEREZ,
JUAN DAVID QUIROGA OLARTE Y CLAUDIA PATRICIA SALGADO RUIZ
CONTRA EL FONDO NACIONAL DE AHORRO, OPTIMIZAR SERVICIOS
TEMPORALES S.A. HOY EN LIQUIDACIÓN Y LAS LLAMADAS EN
GARANTÍA LIBERTY SEGUROS S.A Y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE
FIANZAS S.A CONFIANZA.**

Bogotá D. C., Dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar los recursos de apelación interpuestos por el demandante, el FONDO NACIONAL DE AHORRO, y la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A., sobre la sentencia dictada el 22 de marzo de 2019 por la Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá.

En este proceso la Sala estudió el pasado 30 de septiembre de 2020 el proyecto de decisión propuesto por la ponente inicial, Dra. MARLENY RUEDA OLARTE, que no fue aceptada, y por ello pasa a desatar la controversia con base en la decisión mayoritaria.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GUSTAVO ADOLFO MARTÍNEZ, JUAN DAVID QUIROGA OLARTE y CLAUDIA PATRICIA SALGADO presentaron demanda contra EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS

TEMPORALES S.A, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de contrato de trabajo con la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y como consecuencia de ello se condene a esta demandada y solidariamente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a pagar cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, e indemnización moratoria. Subsidiariamente piden que se declare una relación de trabajo con el FONDO NACIONAL DE AHORRO y se le condene al pago de cesantías intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización del artículo 65 CST, condenando a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES como responsable solidaria por haber actuado como un simple intermediario (folios 9 a 21).

Como fundamento de lo pedido afirman que laboraron en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO mediante contratos de servicios temporales suscritos con la EST OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES¹, cuyo objeto fue cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FNA. En cumplimiento de dichos contratos desempeñaron actividades del giro ordinario de los negocios del FNA que no eran de carácter temporal, y desde el 1º de julio de 2015 la empresa intermediaria dejó de pagar las acreencias laborales a las que tenían derecho debido a un proceso de reorganización empresarial ante la Superintendencia de Sociedades (folios 1 a 52).

¹ Dice la demanda que **GUSTAVO ADOLFO MARTINEZ PEREZ** fue contratado por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES para laborar en misión en el FNA desde el 7 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015 desempeñando el cargo de Profesional II devengando como último salario la suma de \$ 5.200.000 y que las funciones que desempeñaba correspondían al giro normal de los negocios del FNA; **JUAN DAVID QUIROGA OLARTE** fue contratado por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES para laborar en misión en el FNA desde el 4 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015 desempeñando el cargo de Comercial II devengando como último salario la suma de \$ 1.750.000 y que dentro de sus funciones estaba la de prestar el servicio en el punto de atención de Soacha Cundinamarca, escaneando todos los créditos presentados en ese punto de atención y manejando el archivo de los mismos todo con relación al FNA; y **CLAUDIA PATRICIA SALGADO RUIZ** fue contratada por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES para laborar en misión en el FNA desde el 9 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015 desempeñando el cargo de Comercial IV devengando como último salario la suma de \$ 6.000.000 y que dentro de sus funciones estaba la de prestar el servicio de estructurar y direccionar la fuerza comercial de la zona, definir estrategias para el cumplimiento de las metas comerciales, retroalimentar a los asesores, presentar informes de las cifras comerciales, todo con relación al FNA.

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. HOY EN LIQUIDACIÓN mediante apoderado, quien aceptó la relación de trabajo con los demandantes, pero se opuso a las pretensiones afirmando en que los servicios se prestaron por contratos de duración definida por la obra o labor determinada, como trabajadores en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, cumpliendo las reglas de la Ley 1116 de 2006. Propuso como excepción *existencia de procedimiento concursal para pago de las prestaciones sociales pretendidas, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda, y la genérica* (folios 119 a 132 y 191 a 194)

También contestó la demanda el FONDO NACIONAL DEL AHORRO mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones subsidiarias con fundamento en que no hubo vinculación directa con los demandantes, pues los contratos de prestación de servicios en misión fueron suscritos con sujeción a la ley y teniendo en cuenta las limitaciones del FNA para contratar personal de planta para atender las necesidades que surgen con el paso del tiempo. Propuso como excepciones de fondo las denominadas *inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe, compensación, improcedencia de doble reconocimiento de las prestaciones* (folios 147 a 172).

Igualmente contestó la demanda, como llamada en garantía, LIBERTY SEGUROS S.A, mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones afirmando que no hay solidaridad entre la empresa usuaria y una EST, y por ende la aseguradora no es responsable de pagar ninguna acreencia laboral. Informa que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. se encontraba en proceso de reorganización y posterior liquidación, razón por la cual no se causan las sanciones que regula el artículo 65 CST. Propuso como excepción previa *no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios* y de fondo las denominadas *legitimación en la causa por pasiva respecto del FNA, ausencia de solidaridad entre los demandados, empresas usuarias no responden solidariamente por salarios y prestaciones no pagadas*

por las empresas de servicios temporales, inexistencia de la obligación la conducta del FNA siempre ha sido de buena fe, extinción de las obligaciones – pago, prescripción, buena fe, inexistencia de siniestro pólizas No. 2436541 y 2533998, inexistencia de obligación de Liberty, incumplimiento de la carga de evitar la extensión y propagación del siniestro, buena fe y la genérica. (folios 187 a 188- incluido Cd Medio Magnético y 220 a 251).

También contestó la demanda, como llamada en Garantía, la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A CONFIANZA, mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones señalando que quienes fungieron como asegurados o beneficiarios de la póliza con base en la cual fue llamada en garantía son los trabajadores al servicio de Optimizar, y son ellos quienes pueden solicitar la afectación de la póliza. Aportó pruebas de pago de las acreencias de los demandantes, conforme a una resolución del Ministerio de Trabajo. Propuso como excepción las denominadas *falta de legitimación en la causa del Fondo Nacional del Ahorro para formular el llamamiento en garantía a CONFIANZA S.A, Ausencia de los requisitos legales para hacer efectiva la póliza 24DL006347, ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas y pago* (folios 286 a 304).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de marzo de 2019, por medio de la cual la Juez Primera Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de contratos de trabajo entre los demandantes y la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., responsabilidad solidaria en el FNA, *ordenó* a la aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A. que garantice el pago de la indemnización en los términos de la póliza, y ordenó el pago de indemnización moratoria. Para tomar su decisión encontró pagados por la aseguradora CONFIANZA S.A. a finales de 2017 y en marzo de 2018 los derechos causados, y condenó a sanción moratoria desde la terminación del vínculo de los demandantes (30 de septiembre de 2015) hasta el 15 de febrero de 2016 cuando la EST's fue admitida a un proceso de reorganización. Absolvió a la aseguradora CONFIANZA S.A. por haber pagado las acreencias laborales de los demandantes.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“RESUELVE: PRIMERO: DECLARAR la existencia de contrato de trabajo celebrado entre la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y los demás demandantes JUAN DAVID QUIROGA OLARTE, CLAUDIA PATRICIA SALGADO RUIZ y GUSTAVO ADOLFO MARTÍNEZ PÉREZ. SEGUNDO: ORDENAR a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero por concepto de indemnización moratoria conforme el último salario devengado por cada uno de los demandantes así: CLAUDIA PATRICIA SALGADO la suma equivalente a \$200.000 diarios y a partir del 01 de octubre de 2015 y hasta el 14 de febrero de 2016, JUAN DAVID QUIROGA OLARTE la suma equivalente a \$58.333 diarios a partir del 01 de octubre de 2015 y hasta 14 de febrero 2016, GUSTAVO ADOLFO MARTÍNEZ PÉREZ la suma equivalente a \$173.333 diarios a partir del 01 de octubre y hasta el 14 de febrero de 2015 y hasta el 14 de febrero de 2016. TERCERO: DECLARAR solidariamente responsable de las obligaciones ordenadas en el numeral anterior a la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, a partir del 15 de noviembre del 2015 y hasta el 14 de febrero de 2016, conforme a lo expuesto en la parte pertinente del presente proveído. CUARTO: ORDENAR a la aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A., garantizar el pago de la indemnización reconocida en los términos de la póliza contratada. QUINTO: DECLARAR probada la excepción de pago propuesta por la llamada en garantía ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A. SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas, tásense por secretaría.”* (CD 5 Minuto 22:20)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de los demandantes manifiestan inconformidad con el extremo final de la indemnización moratoria, afirman que la demanda fue radicada en julio de 2016 cuando OPTIMIZAR SEVICIOS TEMPORALES no había sido

aceptada a reorganización lo que ocurrió en febrero del 2016 y por ello no existía limitación para hacer los pagos (CD 6 Minuto 25:00)².

En el recurso del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, se aduce -en resumen- que no hay solidaridad del usuario con la EST, pues ésta fue verdadera empleadora de los demandantes (CD 6 Minuto 30:32)³.

² “Gracias su señoría, luego de escuchar la sentencia impartida por usted, me permito presentar recurso de apelación en contra de la misma, puntualmente en el siguiente argumento: Y es lo que respecta a la indemnización moratoria. De la lectura que usted hace del fallo, manifiesta el despacho, cómo extremo final de causación de la entrada en reorganización de la compañía, es decir el 15 de febrero de 2016. Sin embargo haciendo uso del 1116 del año 2006, que puntualmente fija las limitaciones que tienen las empresas al momento de entrar en reorganización, encontramos que la misma en su Artículo 17 señala: A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se pide a la administradora de reformas estatutarias, constitución y ejecución de garantías, o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles, con cargas.... que tengan dicha finalidad, efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones naturales o de mutuo acuerdo de procesos en curso, conciliaciones de transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo, ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor, o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fin usuario, en tal sentido, salvo que exista autorización previa, expresa y precisa ... del concurso. me permito leer esta parte del Artículo 17 de la ley 1116, su señoría, porque si bien es cierto podría considerarse que tiene una limitación para efectuar pagos, esa limitación es para adelantar pagos de procesos en curso su señoría, y de acuerdo a la información que reposa de este proceso, esta demanda fue radicada en el mes de julio del año 2016, y ellos fueron aceptados en reorganización en febrero del año 2016, es decir que cuando fueron aceptados en reorganización ellos aún no tenía la limitación de efectuar el pago a los aquí demandantes, porque ellos no habían radicado ninguna demanda en contra de optimizar; De tal suerte que el extremo final de causación no puede tenerse la entrada en reorganización, porque los tiempos de radicación de la demanda versus la entrada en reorganización no coinciden, y en esa misma medida no existía la limitación establecida en el artículo que yo acabo de leer. Además de ello, que esta era una obligación de carácter laboral, que como sabemos tiene prelación respecto a las demás acreencias que tengan la compañía, la persona jurídica en reorganización. Ahora bien, sumado a ello, vemos que el comportamiento del fondo de optimizar en el proceso de reorganización derivó en la entrada en liquidación, lo que se suma o lo que hace más gravoso el comportamiento y en esa misma medida con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sala laboral, en la que invita a los jueces para que si bien es cierto existen unas reglas y jurisprudencia sobre el extremo final de causación de la indemnización moratoria. Entonces, si bien es cierto existe jurisprudencia respecto del extremo final de causación de la indemnización moratoria, es la entrada en reorganización y liquidación, la misma Corte le ha pedido a los jueces que tengan en cuenta, de acuerdo al acervo probatorio de los procesos, el comportamiento del deudor, y que aquí fue probado su señoría, que el comportamiento del deudor no es justificable, no es admisible, tanto es así que en el interrogatorio de parte la representante legal de optimizar reconoció que no se le adeudaban dineros y que contaba con los dineros para pagar desde la misma fecha de terminación de los contratos de trabajo. Entonces, su señoría, consideró que el extremo final de causación no pueden tenerse Como el 15 de febrero del año 2016, por las razones que expongo de carácter fáctico y jurídico. En estos términos dejo sentado mi recurso, agradezco señoría el uso de la palabra. En esa misma medida, le ruego su señoría, se revoque la decisión a efectos de que el extremo final de causación de la indemnización moratoria se extienda por lo menos hasta la entrada en liquidación de la misma compañía en el mes de noviembre en el año 2016, o si ah bien lo considera el Tribunal, de acuerdo al acervo probatorio brindado y las consideraciones que le echó, se extienda hasta los 24 meses establecidos en el artículo 65 del código procesal del trabajo. Gracias su señoría.

³ “Muchas gracias señoría, respetuosamente interpongo recurso de apelación contra la Providencia, apelación parcial contra el numeral 3° y el numeral 6° de la Providencia que acaba de proferir su despacho, el cual procedo a sustentar de la siguiente manera: Le solicitó al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial, que revoque el numeral 3°y el numeral 6° de la sentencia que acaba de proferir el juzgador de origen, toda vez que nos condenó a mi representada Fondo Nacional del Ahorro a la solidaridad, que debo aclararle a este honorable tribunal que la solidaridad es una figura jurídica

En el recurso de la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS, estima improcedente la solidaridad declarada, así como el pago de indemnización, pues se probó que el empleador real de los demandantes fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES. Indica que se debe tener en cuenta que las vinculaciones de los demandantes no excedieron 6 meses, y que la ASEGURADORA CONFIANZA S.A. ya pagó las acreencias laborales en cumplimiento de una póliza que era la que garantizaba la indemnización objeto de condena. Además, aduce falta de reclamación del siniestro por parte del FNA en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, pues no demostró su ocurrencia (Minuto 33:30)⁴.

que busca extender la responsabilidad del obligado directo y principal a otras personas ya sean naturales o jurídicas. Pero la solidaridad no es caprichosa y no se puede aplicar en una situación que no esté contemplada legalmente, es decir, tiene que existir una disposición normativa expresa que la contempla. Ahora bien, en materia laboral, la solidaridad se encuentra regulada en los artículos 33, 34, 35 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo, ninguno de esos artículos hace referencia alguna a las empresas usuarias, tanto es así que la tesis de la Corte Suprema de Justicia, de vieja data, se ha mantenido y manifiesta a partir de la sentencia del 12 de marzo de 1997, dentro del expediente 8978, abro comillas, en lo relativo a una eventual responsabilidad solidaria importa observar que la ley califica a las empresas de servicios temporales cómo empleadoras de los trabajadores en misión, y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo Artículo 22, sólo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de las personas que no figuren también como empleadoras, citan los artículos 33, 34, 35 y 36, de los que acabo de hacer alusión, y señala que es suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen insolidum, debe escribirse tal especie de la responsabilidad. Resulta en suma que los usuarios no responden por salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional. Como se establece claramente, el Fondo Nacional del Ahorro fue empresa usuaria y en los términos anteriores es claro que no tiene responsabilidad alguna por el pago de la indemnización que acaba de condenar su despacho, en razón por la cual reafirmó mi solicitud al tribunal que absorba a mi representada. Muchas gracias”.

⁴ “Gracias señoría, en mi calidad de apoderada de Liberty Seguros, me permite interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, con el fin de solicitarle al tribunal, Sala Laboral, que se revoque el numeral 3° de la parte resolutive y el numeral 4° de la parte resolutive de la sentencia, y en consecuencia también el numeral 6° de la sentencia emitida por el despacho. Fundamento el recurso de apelación en el sentido que es improcedente reconocer o acceder a la indemnización moratoria y a la imposición de reconocimiento de solidaridad por el despacho al Fondo Nacional del Ahorro por el pago de las indemnizaciones que fueron decretadas en este proceso. Se encuentra probado dentro del expediente que con las documentales aportadas con la demanda y con los interrogatorios de los demandantes, que el empleador real fue la empresa Optimizar Servicios Temporales, y que en su condición frente al Fondo Nacional del Ahorro, era de trabajadores en misión; Por tanto se deja claro que el decreto 4369 del 2006 artículo, 2 señala que los trabajadores se encuentran vinculados a una empresa temporal su única empleador es la empresa de servicios temporales, hecho ratificado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de sala de casación laboral, radicado 9435, magistrado ponente Francisco Escobar Enríquez, del 24 de abril de 1997, página 7, en donde se ha señalado sobre las empresas usuarias que les existe ejercer una potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, de manera que está facultada exigirle el cumplimiento de las órdenes, y que su verdadero empleador es la empresa de servicios temporales. En consecuencia, la ley también mal puede reconocer el despacho esa solidaridad en razón a que hay un ordenamiento legal que expresamente señala que no puede existir una solidaridad, como quiera que no hay una verdadera, es una delegación lo que se presenta en este caso, y son trabajadores en misión. Ahora, hay que tener en cuenta que el espacio determinado por los trabajadores se reconoció sus pretensiones estaban encaminadas a un espacio determinado que no superó los 6 meses ni tampoco el mes que determina la ley 50, en consecuencia no puede hablarse que hay un máximo o

que ee ha salido de esto para poder establecer, no se ha salido de los principios determinados en la ley 50, pero al determinar qué se trata de trabajadores en misión más no de trabajadores que fueran trabajadores directos del Fondo Nacional del Ahorro. Se ha establecido con las pruebas aportadas que efectivamente ellos prestaron sus servicios, y no puede el despacho entrar a calificar o analizar los testimonios en el sentido de tener en cuenta un espacio temporal más allá del señalado y solicitado que se decretaron las prestaciones en la demanda, que era hasta el 30 de septiembre del 2015, fecha en que terminó la relación laboral con Optimizar Servicios Temporales. En consecuencia hay una indebida interpretación de los testimonios recaudados dentro del proceso, en donde sí algunos de ellos señalaron que efectivamente el Fondo Nacional del Ahorro los tiene contratados con otras empresas temporales, pues el espacio de la temporalidad hubiera de haberse tenido en cuenta, es la que se había solicitado se decretará en las pretensiones, y que fuera hasta el 30 de septiembre del 2015; fecha en la que consideró, la que se ha establecido, se terminó la relación laboral. Así mismo, pues no hay lugar a la solidaridad que el juzgado ha reconocido en esta decisión. Así mismo, se debe tener en cuenta que el despacho no realizó un análisis de las excepciones propuestas por Liberty, en el sentido que se propuso que existía una falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto al Fondo Nacional del Ahorro, porque se estaba llamando como un verdadero empleador cuando efectivamente la norma no señala qué se trata de unos trabajadores en misión y que en consecuencia el verdadero empleador es la Empresa de Servicios Temporales por expreso mandato legal. Ahora bien, señala que la solidaridad se presenta por aplicación del artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, pero de la lectura del artículo del Código Sustantivo del Trabajo, se establece que se trata de los contratistas independientes, aquí no hay un contratista independiente, por el contrario hay un contrato de unos trabajadores para prestar sus servicios en misión, más no se trata de un contrato, unos contratistas o un contratista independiente, en consecuencia, si el fundamento legal del reconocimiento de la solidaridad es del artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, hay una indebida aplicación e interpretación de la norma para declarar solidario al Fondo Nacional del Ahorro. Así mismo, se interpuso como excepciones por Liberty Seguros las denominadas inexistencia de la obligación a cargo de Liberty, en el eventual seguro llamado a cubrir el pago de las prestaciones de los accionantes en la ponencia establecida como requisito de funcionamiento de las empresas de servicios temporales. Dentro del expediente obra que Confianza realizó el pago de las acreencias laborales, y en consecuencia mal podría llamarse a Liberty Seguros a efectuar el pago de unas indemnizaciones, cuando efectivamente la póliza de Confianza, que es la que deben tener las empresas de servicios temporales, es la llamada a responder y a cubrir este pago de las indemnizaciones que se han decretado dentro del presente proceso, tal y como se establece en las excepciones propuestas al momento de la contestación de la demanda. Así mismo, como tercera, no se hizo un análisis por el despacho de la excepción propuesta de inexistencia de la obligación a cargo de Liberty Seguros, por cuanto hay una ausencia de reclamación por parte del Fondo Nacional del Ahorro, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, por cuanto no hay una falta de demostración en el eventual siniestro y de la cuantía de la pérdida. Es importante tener en cuenta que el despacho no tuvo en cuenta Esta Norma, que debe ser aplicable en el presente caso, teniendo en cuenta que no se puede desconocer a pesar de que sea un proceso de origen laboral, pero aquí se hace un llamamiento en garantía y se debe tener en cuenta tanto las condiciones generales de la póliza, como las condiciones específicas, y para que proceda el llamamiento en garantía y la póliza de aplicación, tiene que haberse surtido la reclamación del siniestro por el Fondo Nacional del Ahorro, y cómo se aporta con la contestación de la demanda no hay aviso del siniestro y no hay una reclamación formal por el Fondo Nacional del Ahorro. Se intentaron unas reuniones, pero esto no está determinado como una reclamación específica ante Liberty Seguros. En consecuencia, debe tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 1077 del Código de Comercio y en consecuencia procedería a declarar probada la excepción propuesta por falta de la reclamación formal en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, tal y como señale en la contestación de la demanda. También es importante tener en cuenta que dentro del proceso se quedó probado que no se hizo una reducción de la indemnización por el Fondo Nacional del Ahorro y un incumplimiento del deber del Fondo Nacional del Ahorro y una minoración del daño. Dentro del expediente se tiene conocimiento que se realizó pagos de una factura a un tercero que venía relacionado, y qué era lo que siempre el apoderado del demandante ha señalado con lo que se debía Cancelar de manera oportuna las prestaciones sociales, y ese pago se realizó a un tercero, en consecuencia pues no hay una aminoración del daño, y en consecuencia debe declararse también probada esta excepción, de conformidad con el artículo 1714 del Código Civil, y el artículo 1716 que señala los requisitos de la compensación, de los cuales pues lógicamente no me extenderé, como quiera que en las excepciones propuestas se encuentran de manera explícita y cómo operan estas normatividades y que deben ser tenidas en cuenta al momento de efectuar la respectivas condenas. Así mismo, no se tuvo en cuenta la excepción propuesta como subsidiaria de su función a los términos y condiciones y límites y exclusiones de la póliza de cumplimiento 24365412533998, el límite del valor asegurado de la póliza el amparo específico de los salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, en tal sentido debe observarse el principio indemnizatorio contemplado en el artículo 1089 del Código de Comercio, que la ausencia de cobertura por conceptos no corresponde a prestaciones sociales y la imposibilidad legal de brindar cobertura en circunstancias donde no medie o

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos pertinentes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) la prestación de servicios de los demandantes en favor del FONDO NACIONAL DE AHORRO, por vinculación con la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, así: GUSTAVO ADOLFO MARTINEZ PEREZ desde el 7 de mayo de 2015 hasta el 30 de septiembre del 2015, con último salario mensual de \$5.200.000, en el cargo de Profesional II; JUAN DAVID QUIROGA OLARTE entre el 04 de mayo de 2015 y 30 de septiembre de 2015, con último salario mensual de \$1.750.000, en el cargo de Comercial III; y CLAUDIA PATRICIA SALGADO RUIZ entre el 09 de diciembre de 2014 y 30 de septiembre de 2015, con último salario mensual de \$6.000.000, en el cargo de Comercial IV; y (ii) que las acreencias laborales fueron pagadas en el año 2017 con afectación de la póliza suscrita entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN y la ASEGURADORA DE FIANZAS S.A CONFIANZA, llamada en garantía por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Estos hechos se corroboran además con los documentos de folios 51 a 57, 61, 62, 133 a 141, 363 a 364.

En consonancia con los recursos, la controversia que debe resolver la fecha hasta la cual procede el pago de sanción moratoria, y la responsabilidad del FONDO NACIONAL DE AHORRO y LIBERTY SEGUROS S.A. en dicha obligación.

Para resolverla, el artículo 65 del CST sanciona al empleador con un día de salario por cada día que transcurra entre la fecha de terminación del contrato

se califique el manejo del dolo o la culpa grave. También hay una exclusiones que se tienen en la póliza y las cuales el despacho tampoco realizó un análisis pertinente para efectuar y declarar responsable de indemnización señala a Liberty Seguros. Por lo cual solicitó al Tribunal, tenga en cuenta los argumentos señalados el día de hoy, así como los planteados en las excepciones propuestas al momento de la contestación de la demanda. Y en consecuencia solicito se revoken estos numerales, el 3°, el 4° y en consecuencia el 6°, para que en su defecto se absuelva al Fondo Nacional del Ahorro y se absuelva a Liberty Seguros del pago de la indemnizaciones decretadas en esta audiencia.”

de trabajo y la fecha de pago de los salarios y prestaciones sociales causados en la relación de trabajo.

Sin embargo, -así lo ha dicho reiteradamente la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia- las condenas por este concepto no se pueden imponer de forma automática e inexorable al retardo pues bien puede el empleador acreditar en el expediente que actuó de buena fe, situación que se presenta no solo cuando entiende plausiblemente que no estaba obligado a los pagos que se reclaman, sino también cuando surgen situaciones que hacen imposible efectuar el pago de los derechos laborales que se causaron en la relación de trabajo.

Esta última situación la entiende ocurrida la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando las empresas se encuentran en situación de reorganización empresarial, o en procesos de liquidación, pues en dichas circunstancias pierden autonomía para administrar sus bienes y para definir el orden de pago de las obligaciones que adeudan. En los procesos concursales las sociedades *“no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”*, y las decisiones del agente liquidador deben someterse a los límites y las reglas legales del proceso que impone unos momentos específicos para el pago de las deudas y la prioridad de las acreencias.

Bajo los anteriores lineamientos y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues la sanción moratoria para los demandantes corre hasta la fecha en que la demandada fue admitida al proceso de reorganización, tal como lo dispuso el juez cuya providencia se confirma.

No obstante, se revocarán las condenas impuestas contra el FONDO NACIONAL DE AHORRO y la llamada en garantía.

Para este efecto se debe recordar que la Ley 50 de 1990 permitió la contratación temporal de trabajadores mediante Empresas de Servicios Temporales, cuando se deba ejecutar una cualquiera de las siguientes actividades: i) atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, a las que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; ii) reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; o iii) atender incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o mercancías, o durante los períodos estacionales de cosechas y de incrementos en la prestación de servicios, limitando la procedencia de la vinculación temporal a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales.

Atendiendo a esta regulación, las pruebas allegadas al expediente permiten concluir que las funciones contratadas se enmarcan en el tercer supuesto que trae la norma (atender incrementos en la prestación de servicios), como lo establecieron las partes en los contratos suscritos por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, cuya cláusula estipuló, como objeto *“contratar la prestación del servicio de una empresa de servicios temporales, que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO”* (folios 21, 24 y 27).

Como además se respetaron los límites temporales que autoriza la Ley, pues el trabajo se desarrolló con GUSTAVO ADOLFO MARTINEZ durante un poco más de 4 meses (del 7 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015 (cd 5 hora 1 minuto 22:50), con JUAN DAVID QUIROGA OLARTE por cuatro meses (del 4 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015 (cd 5 hora 1 minuto 14:30), y con CLAUDIA PATRICIA SALGADO por un poco más de nueve meses (del 9 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015) (cd 5 hora 1 minuto 4:30), resulta válida su vinculación como trabajadores en misión cuyo empleador es la Empresa de Servicios Temporales.

No se puede deducir una vinculación directa con el FONDO NACIONAL DE AHORRO por el hecho de haber cumplido los demandantes funciones *misionales* de la entidad, pues en esta excepcional modalidad de contratación (servicios temporales) los trabajadores cumplen, precisamente, funciones *misionales* del contratista, solo que ellas se desarrollan de forma temporal como lo autoriza la Ley.

Esta misma Sala ha dictado condenas en contra de las empresas usuarias cuando en el proceso se demuestra que los servicios no fueron *temporales* por haber sobrepasado el límite máximo de un año dispuesto en la ley, o cuando se demuestra que el objeto no se enmarca en las actividades que el ordenamiento autoriza desarrollar con esta modalidad.

En este expediente se demostró que los contratos se suscribieron y ejecutaron para atender *incrementos* en la producción, y se demostró que se respetaron los límites legales de temporalidad (seis meses prorrogables una sola vez).

Por ello no resultan útiles las declaraciones que rindieron IVAN JAVIER TANCO (Cd. 3, Min. 07:17), JAVIER ARMANDO RODRÍGUEZ (Cd. 3, Min. 30:03), FREDY ALEXANDER NUÑEZ (Cd. 3, Min. 44:13), pues además de referirse solo al demandante GUSTAVO ADOLFO MARTINEZ y no a los demás, afirmaron que cumplía funciones misionales de la entidad, y esa es precisamente la esencia de esta forma de vinculación laboral, sobre cuya validez constitucional se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-330 de 1995, en la cual definió la legalidad de la relación cuando se trate de atender incrementos en la producción, por seis meses y "*hasta seis (6) meses más*."

No se puede confundir la vinculación de trabajadores mediante EST, con otras modalidades de tercerización de la relación de trabajo que tienen condiciones diferentes de eficacia, tales como los *contratistas independientes*, o los afiliados a *Cooperativas de Trabajo Asociado*.

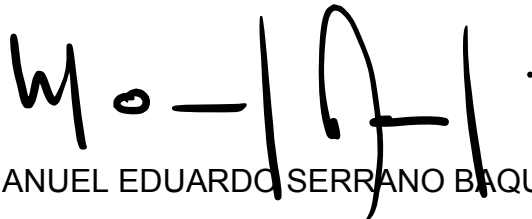
Como no procedía condena sobre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, tampoco se podía ordenar la garantía a cargo de la aseguradora LIBERTY SEGUROS SA, Llamada para atender las obligaciones que se pudieran deducir en el proceso en contra del Fondo.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** los numerales TERCERO y CUARTO, y **MODIFICAR** el numeral sexto de la sentencia apelada, para en su lugar, absolver al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y a la sociedad LIBERTY SEGUROS S.A. de las condenas impuestas en primera instancia.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

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 CARMEN RUTH GONZALEZ RODRIGUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 31 de agosto de 2020 por el Juez Tercero (3º) 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 RUTH GONZÁLEZ RODRÍGUEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 11 de diciembre de 2001, con fundamento en que fue inducida en error por parte del asesor del fondo pues no le suministró información clara, veraz y suficiente sobre las consecuencias del traslado de

régimen, ni sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS, al contrario, le informaron que en dicho régimen recibiría una pensión superior y se podía pensionar anticipadamente y con mejores condiciones a las que reconocía el RPM. Advierte que el 21 de febrero de 2018 solicitó su retorno al ISS hoy Colpensiones, el cual fue negado por ser jurídicamente improcedente. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, se declare que siempre estuvo afiliada en el RPM administrado por COLPENSIONES y se ordene el traslado a dicha entidad de los aportes efectuados al RAIS (ver demanda y subsanación en las páginas 4 a 20 y 71 a a 88, del expediente digital).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se trasladó de régimen pensional de manera libre, espontánea y consciente, previa información brindada acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes en la época y los lineamientos establecidos por la Superintendencia Financiera, manifestación de voluntad que se expresó al suscribir el formulario de afiliación. Además, señala que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales, pues le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 100 a del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de la demandante al RAIS se hizo de manera voluntaria, libre, consciente y sin presiones y así se firmó el formulario de afiliación. Advierte que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición por edad o tiempo de servicio, por

lo que no puede retornar al RPM en cualquier tiempo. Señala que se presentó un error de derecho que de acuerdo con la Corte Constitucional no vicia el consentimiento. Propuso como excepciones: *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, proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (ver contestación en páginas 162 a 182 del expediente digital).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de agosto de 2020, mediante la cual el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante CARMEN RUTH GONZÁLEZ RODRÍGUEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por el OTRORA INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para ese entonces por HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. realizado el 11 de diciembre del año 2001 con efectividad a partir del primero de febrero del año 2002, para entender válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todo conforme a la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento en que hubiere hecho alguno, bonos pensionales en caso de estar redimido y todos los rendimientos financieros que produjo ese**

dinero mientras estuvo en poder de la demandada PORVENIR. ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que acepte el traslado de los aportes provenientes de PORVENIR que sea para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la historia laboral en semanas cotizadas. ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas conforme a la parte considerativa. ARTÍCULO QUINTO: CONDENAR en COSTAS junto con las agencias en derecho a la demandada PORVENIR S.A. las cuales se tasan en la suma de \$1.500.000. ARTÍCULO SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES CONSÚLTESE con el Superior en los términos del artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social” (audiencia virtual No. 2, minuto 53:58).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP no presentó prueba de que hubiese brindado una información completa y suficiente a la demandante al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen, advirtiendo que la firma de dicho formulario no es suficiente para dar por demostrado el deber de información a cargo de la AFP.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Afirmar que no es procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación, por cuanto la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria y ratificó su decisión al permitir con el paso del tiempo que se le realizaran los descuentos por aportes con destino a la AFP, de igual manera sostiene que no se acreditó la existencia de dolo por parte de dicha

entidad, y que la misma cumplió con las normas vigentes para el momento de la vinculación de la demandante (audiencia virtual No. 2, minuto 56:24)¹

¹ “Gracias su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos. Lo primero pues es indicar que el Juzgador en esta instancia indica que se presenta es el fenómeno de la ineficacia en razón a una falta de información, sin embargo, la misma no procede respecto a lo que refiere el artículo 271 de la Ley 100 del 93 por cuanto de manera expresa esta norma prevé que para su declaratoria cuando existen actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador es que se da, es decir, que sin duda cuando se realizan actos con dolo para impedir o atentar contra la libertad del afiliado o traslado lo que supone la intención de causar daño y en este caso ni se alegó si se acreditó el dolo de mi representada y por el contrario se exhibe con claridad que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, también reitero lo dicho en los alegatos de conclusión respecto a lo confesado por la demandante en el interrogatorio de parte, también manifiesta el a quo en esta instancia que el expediente de alguna manera está huérfano de pruebas como quiera que el formulario de afiliación carece de elementos de juicio para determinar la información entregada y pese a que la inversión digamos de la carga de la prueba esta contraria en este caso, no se puede concluir que el formulario de afiliación sea un simple formato en la medida en que como lo reiteramos en la contestación de la demanda y en los alegatos es un documento público que se presume auténtico, que está avalado por la ley y que es el cumplimiento mismo de la Ley 100 del 93, máxime que no fue tachado de falso y que pues en ese sentido no es dable restarle el valor probatorio y mucho menos desconocerlo, luego mi representada cumplió de manera literal con las normas expedidas para el momento de la vinculación con la parte demandante. Insistía yo en que para la fecha no había una obligación de realizarle proyecciones pensionales mas no hablaba yo de que no se le hubiera dado información porque obviamente hablaríamos de cosas diferentes, pero recordar que para el momento en que ella suscribe el formulario de afiliación respecto de ese traslado de régimen pensional claro ya tenía semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, situación que a la que a la luz del nuevo régimen pensional previsto en la Ley 100 del 93 no lo excluía, no lo exceptuaba, no lo hacía improcedente, no hacía inconveniente su traslado, pues su vida laboral había iniciado muchos años atrás y no era beneficiaria del régimen de transición pues no es posible prever sus años de vida laboral y mucho menos cuáles iban a ser sus ingresos, luego es un hecho efectivamente demostrable que de manera libre y voluntaria durante todo este tiempo la demandante ha permitido que se le realizaran descuentos respecto de esos aportes con destino al fondo que represento, conducta que bajo la línea que ha trazado la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, debe considerarse esto como la verificación de la voluntad del afiliado, es decir, que se concluya sobre su voluntad inequívoca de permanecer en uno u otro régimen pensional y para poner un ejemplo la sentencia con radicado 47236 del 6 de abril de 2016. Si bien todos conocemos hay una línea jurisprudencial ya bastante marcada por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto del deber de información, y si bien la Doctora Clara Cecilia Dueñas ha hecho bastante hincapié en este sentido, en nuestra opinión no hay una identidad fáctica con el caso que ahora nos ocupa como quiera que todos estos casos fueron estudiados por actores que estaban amparados por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 del 93 y si bien la Doctora Clara Cecilia Dueñas ha indicado que no importa si está en un régimen o si tiene régimen de transición o no, vuelven y se estudia con personas que están amparadas por el régimen de transición es por que eso que en buena hora en la sentencia SL 1452 de 2019 aclara voto el Magistrado Rigoberto Echeverry indicando que estas declaraciones de ineficacia o de nulidad no pueden predicarse respecto de todos los casos de manera automática pues depende del tipo de falencias de información, de la inexistencia del consentimiento informado que hubiere producido un perjuicio claro y cierto y a estas personas se les producía ese perjuicio claro y cierto como quiera que estaban amparadas por el régimen de transición y así mismo destaca que en general los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado simplemente porque con el pasar del tiempo su plan de pensión no resulta acorde con sus aspiraciones, situación que ocurre en el presente caso. Recientemente este año también hay otra aclaración de voto en la sentencia de Tutela con radicado 5912 del

La apoderada de COLPENSIONES afirma que el traslado de la actora al RAIS es válido, pues contrario a lo concluido por el juez de primera instancia, la demandante recibió información suficiente por parte del asesor del fondo y, en razón a ello tomó la decisión de trasladarse de régimen de manera libre y voluntaria. Además, señala que esta clase de sentencias van en contravía de los principios de sostenibilidad financiera del Sistema y de relatividad contractual, y advierte que no se demostró la existencia de vicio alguno en el consentimiento (audiencia virtual No. 2, hora 1 minuto 3:16)²

13 de mayo del año en curso en donde el Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán también indica que tampoco considera que pueden accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia del traslado con fundamento en la falta de información alegada por el demandante porque estimó que es necesario revisar cada caso en particular y que al final hacerlo de esta forma masiva sin estudiar digamos cada solicitud se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico en tanto que el legislador estableció y garantizó que la libertad de elección del régimen estaba en cabeza del afiliado. De otra parte, señalar que la demandante está inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003 norma que fue sometida al control previo de la Corte Constitucional y que conforme a la sentencia C 1024 de 2004 pues fue declarada exequible previendo aspectos de interés general por encima del particular ante la protección del sistema general de pensiones, por un lado la no descapitalización del régimen de prima media y por principio de estabilidad financiera del RAIS por tanto no es dable que el demandante se excuse en una supuesta falta de información por mi representada únicamente porque su plan de pensión como lo mencioné no resultó acorde con sus aspiraciones. En ese sentido, le solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque la sentencia de instancia y en su lugar absuelva a mi representada, gracias”.

² *“Muchísimas gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal correspondiente presento el recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir y le solicito de manera muy respetuosa a los Honorables Magistrados del Tribunal absuelvan a mi representada Colpensiones en razón a las siguientes consideraciones. En primer lugar, esta apoderada se aparta de las consideraciones efectuadas por el Juez al momento de proferir la sentencia toda vez que de las pruebas recaudadas dentro del proceso haciendo énfasis en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, se evidencia que la misma efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria, el asesor le manifestó cuáles eran las características propias de ese régimen de ahorro individual con solidaridad siendo esta la razón por la cual la demandante decidió efectuar su traslado a la AFP Horizonte hoy asumida por la AFP Porvenir, la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que se trasladó porque iba a tener una buena rentabilidad y porque su pensión o se iba a pensionar a una edad muy anterior a la que establecía el régimen administrado por mi representada. Así mismo es importante señalar que en el presente proceso no se presentó o no se demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento que hubiera afectado la decisión de la demandante en efectuar su traslado pues tal como lo señaló el juez en sus consideraciones en el hecho sexto precisando que si es el hecho número sexto la parte demandante hace alusión a que existió algún tipo de presión psicológica pero en el interrogatorio de parte no se evidenció tal presión únicamente que hubo una reunión personalizada con el asesor y que el asesor conocía de ante mano cuál era la historia pensional de la demandante pues ella misma así lo manifestó en el interrogatorio de parte. Así mismo, es importante señalar y le pongo de presente a los Honorables Magistrados tal y como lo señalé en mis alegatos de conclusión que la razón por la cual Colpensiones presenta oposición en esta clase de procesos es en protección del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, es bien sabido que la finalidad de esta clase de procesos*

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 vigencia 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*

de ineficacia del traslado es justamente que mi representada efectúe reconocimientos pensionales a los afiliados que estaban vinculados a los fondos de pensiones, pero esta circunstancia claramente genera un perjuicio en contra de mi representada porque estaría obligada a reconocer pensiones de quienes no tuvo en cuenta al momento de elaborar el cálculo actuarial y por ende esto generaría una descapitalización del fondo común y pondría en riesgo la seguridad de aquellos afiliados que si han venido cotizando al régimen de prima media de manera constante tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en las sentencias que se pusieron de referencia en la contestación de la demanda. Así mismo, también esta clase de procesos va en contravía del principio de relatividad contractual pues claramente se le genera un perjuicio a mi representada, entidad pues que no tuvo injerencia alguna al momento en que la parte demandante y el fondo aquí demandado efectuaron el traslado o suscribieron el formulario de afiliación. Finalmente, se le pone de presente a los Honorables Magistrados la obligación que tienen todos los consumidores financieros dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, obligación pues que claramente se encuentra establecida desde el Decreto 692 del 94 al momento en que está en la obligación de aceptar todas las condiciones propias del régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo tanto en estos casos no resultaría procedente que desconocerlas traiga consigo la declaratoria de ineficacia más aun cuando la ignorancia de la ley no sirve de excusa y por lo tanto estaríamos frente a un error de derecho. Siendo así las cosas, reitero muy respetuosamente a los Honorables Magistrados la solicitud de absolución frente a mi representada Colpensiones y agradezco la oportunidad para presentar el recurso de apelación, muchísimas gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 33 años de edad y había cotizado 1.049,43 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 10 meses y 25 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver páginas 22 y 63 del expediente digital).

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folio 24 a 30 del expediente digital.

⁴ Ibídem.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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".*

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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) *que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen

de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que le dijeron que iba a tener una buena rentabilidad y que se podía pensionar en el momento que ella quisiera. (audiencia virtual No. 2, minuto 16:25), por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. Para esa Corporación los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues 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”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en el RAIS, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (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 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 mismo grado de jurisdicción, se adicionará también 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 causan 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 incurrió el fondo de pensiones.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de CARMEN RUTH GONZÁLEZ RODRIGUEZ en el RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y para **DECLARAR** que puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan 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 la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

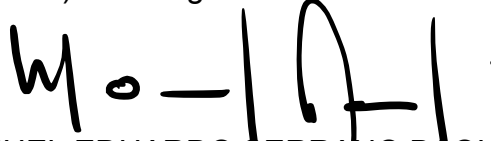

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 03 2018 00475 01

Carmen Ruth González Rodríguez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GONZALO ANTONIO JIMÉNEZ GORDILLO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y EL BANCO DE BOGOTÁ S.A.**

Bogotá D. C., dieciséis (16) días de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por el BANCO DE BOGOTÁ S.A., y para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2020 por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ al BANCO DE BOGOTÁ S.A. a pagar el valor del cálculo actuarial que liquide COLPENSIONES por los aportes para pensión del actor correspondientes al periodo laborado entre el 1º de abril de 1981 y el 18 de marzo de 1993, y, a COLPENSIONES a pagar pensión de jubilación en favor del actor, a partir de la fecha en la que acredite su desafiliación del Sistema y se acredite el pago del cálculo actuarial a cargo del BANCO DE BOGOTÁ S.A.

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido (folio 165 vto).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, GONZALO ANTONIO JIMÉNEZ GORDILLO presentó demanda contra el BANCO DE BOGOTÁ S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene a la entidad bancaria que pague a través de cálculo actuarial los aportes que corresponden al tiempo que laboró para el BANCO DE BOGOTÁ entre el 1° de abril de 1981 y el 18 de marzo de 1993, a fin de que dichos tiempos se incluyan en su historia laboral y pueda acceder a la pensión de jubilación bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988. Afirma que COLPENSIONES negó la inclusión de tales tiempos en su historia laboral porque no existe registro de afiliación por parte de quien fue su empleador, y advierte que es beneficiario del régimen de transición por edad y tiempos de servicios. Como consecuencia de lo anterior, pide el reconocimiento de la pensión de jubilación a partir del 10 de mayo de 2011 junto con los intereses moratorios que se generen, y de forma subsidiaria, el pago de las mesadas adeudadas, debidamente indexadas (ver demanda en folios 4 a 20 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que para la fecha que el demandante refiere no se reflejan periodos cotizados y tampoco se acreditó la relación laboral durante el interregno, por lo que no hay lugar a realizar cálculo actuarial que se pretende. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, principio de buena fe, y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 102 a 107).

También contestó la demanda el BANCO DE BOGOTÁ S.A., mediante apoderada. Aceptó que el demandante prestó sus servicios personales para la entidad bancaria entre el 1° de abril de 1981 y el 18 de marzo de 1993, en el cargo de auxiliar de operaciones en la oficina de Chocontá. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que el banco no estaba en la

obligación de pagar aportes para los riesgos de IVM durante ese tiempo pues hasta el 1° de abril de 1994 el ISS empezó a tener cobertura en el Municipio de Chocontá. Advirtió que al trabajador no se le efectuó descuento alguno sobre su salario para cubrir la contingencia de vejez, y considera que en el evento de una condena no se puede ordenar el pago del título pensional sino una sanción del 2.5% sobre el valor de los aportes que se debieron efectuar, de conformidad con lo establecido en el Decreto 433 de 1971 y del Decreto 2665 de 1988. Propuso como excepciones *inexistencia de las obligaciones, falta de causa para pedir, buena fe, pago, prescripción, cobro de lo no debido, falta de título y causa y la innominada o genérica* (ver folios 120 a 139 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ (i) al BANCO DE BOGOTÁ S.A. a pagar el valor del cálculo actuarial que liquide COLPENSIONES por los aportes para pensión del actor correspondientes al periodo laborado entre el 1° de abril de 1981 y el 18 de marzo de 1993, y, (ii) a COLPENSIONES, a pagar una pensión de jubilación en favor del actor, a partir de la fecha en la que acredite su desafiliación del Sistema y se acredite el pago del cálculo actuarial a cargo del BANCO DE BOGOTÁ. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a liquidar el cálculo actuarial respecto de la vigencia de la relación laboral que el actor sostuvo con la demandada BANCO DE BOGOTÁ, esto es, entre el 1° de abril de 1981 al 18 de marzo de 1993, de conformidad con los SMLMV establecidos por el Gobierno Nacional para cada una de las anualidades señaladas. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada BANCO DE BOGOTÁ a pagar el precitado cálculo actuarial que efectúe COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación en favor del señor GONZALO ANTONIO JIMÉNEZ GORDILLO, a partir de la fecha en que acredite su desafiliación al Sistema, por 13 mesadas pensionales anuales, precisando que la Administradora deberá liquidar la mesada pensional en la forma establecida en esta sentencia,*

cuantía que en todo caso no podrá ser inferior al salario mínimo mensual vigente para la época, autorizando a COLPENSIONES a realizar los respectivos descuentos por concepto de aportes al Sistema General en Salud. Aclarando igualmente que el reconocimiento pensional queda condicionado al cumplimiento de los numerales primero y segundo de esta sentencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción e inexistencia del derecho y la obligación. SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Banco de Bogotá, liquídense por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$877.802. SÉPTIMO: Remitir las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES” (CD 2, audio 3A, minuto 6:06). La juez de primera instancia adicionó la anterior sentencia para establecer que COLPENSIONES tiene un plazo máximo de 6 meses para efectuar el cálculo actuarial que debe pagar el BANCO DE BOGOTÁ (CD 2, audio 3A, minuto 9:04).

Para tomar su decisión la Juez de primera instancia concluyó que el BANCO DE BOGOTÁ debe responder por el pago de los aportes durante el tiempo en que el demandante prestó sus servicios, y en consecuencia debe trasladar a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial que liquide la entidad teniendo en cuenta el valor del SMLMV para cada anualidad, en atención al cambio jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 9856 del 2014 sobre la materia, precedente según el cual el empleador no puede desconocer los periodos laborados por sus trabajadores durante los tiempos en los que no existía cobertura del ISS. Frente a la pensión reclamada, señaló que el demandante era beneficiario del régimen de transición y contaba con 1430 semanas de cotización para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, incluyendo las semanas que se reconocen mediante cálculo actuarial, y por ello, cumple los requisitos para acceder a la pensión de jubilación bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988. No obstante, advirtió que el actor solo podrá disfrutar de la prestación cuando acredite el retiro efectivo del servicio y se acredite el pago del cálculo

actuarial a cargo de la entidad bancaria demandada, y que el IBL de la prestación se debe liquidar bajo los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el BANCO DE BOGOTÁ S.A. insiste en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda pues el banco demandado en atención a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, pues se cumplieron las normas vigentes en la época en que el demandante prestó sus servicios para la entidad bancaria. Además, solicita en atención al principio de buena fe, que se disponga que COLPENSIONES no tenga en cuenta *la moratoria* en el momento de liquidar el cálculo actuarial (CD 2, audio 3A, minuto 9:40)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que GONZALO ANTONIO JIMÉNEZ GORDILLO trabajó para la sociedad BANCO DE BOGOTÁ S.A. entre el 1° de abril de 1981 y el 18 marzo de 1993, y que el último cargo que desempeñó fue el de auxiliar

¹ “Me permito interponer respetuosamente recurso de apelación ante su despacho, ante la sentencia que acaba de proferir en el sentido de reafirmarnos en la posición que tiene el BANCO DE BOGOTÁ frente al presente caso, puesto que el Banco considera que no debería estar obligado a pagar el cálculo actuarial al que fue condenado, esto en razón a lo que ya se había afirmado en los alegatos de conclusión y en la contestación de la demanda referente al principio de confianza legítima, al principio de seguridad jurídica, a que el BANCO DE BOGOTÁ estaba cumpliendo las normas vigentes en la época en que el señor GONZALO ANTONIO JIMÉNEZ GORDILLO prestó sus servicios al BANCO DE BOGOTÁ, que es desde el 1° de abril de 1981 al 18 de marzo de 1993. También haciendo referencia al principio de buena fe, reafirmando o reforzando el recurso de apelación que está interponiendo puesto que la juzgadora no hizo referencia en ninguna parte de sus sentencia al principio de buena fe, el Banco siempre actuó en cumplimiento de las normas y la jurisprudencia que para la época estaban vigentes, y en ese sentido considera el banco que puede tener algún perjuicio adicional respecto de la moratoria con la que va a liquidar COLPENSIONES el cálculo actuarial que se le impuso al BANCO DE BOGOTÁ, por eso insistimos en este principio, principio de la buena fe, para que sede Tribunal Superior de Bogotá se considere este principio y esta actuación del banco, para que así COLPENSIONES no tenga en cuenta la moratoria dentro de la liquidación del cálculo actuarial. A su vez señora juez, interponemos recurso de apelación en el sentido de que el BANCO siempre actuó confiando en que estaba dentro de la ley y dentro de la jurisprudencia de que para la época estaba vigente, siendo así la confianza legítima también un principio que extrañamos en su sentencia. Por último, dejo entonces así interpuesto mi recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir por este despacho, muchas gracias señora juez”.

de operaciones en la oficina de Chocontá. Así lo reconoció la demandada al contestar la y lo prueban los documentos de folios 25, 26 y 142.

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

En la sentencia dictada el 16 de julio de 2014, radicación n° 41745 y en copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad², esa Corporación recogió expresamente el criterio que había expresado con anterioridad, y dispuso responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no había cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales.

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

² Reiterada mediante sentencias SL 939 de 2019, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, SL 197 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, SL 14388 de 2015, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO.

existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”.

Bajo este lineamiento jurisprudencial, se confirmará la sentencia de primera instancia que dispuso el pago, mediante cálculo actuarial, de los aportes a pensión que correspondían a los servicios que prestó bajo contrato de trabajo GONZÁLO ANTONIO JIMÉNEZ GORDILLO al BANCO DE BOGOTÁ S.A.

Para el pago de dicho cálculo la administradora de pensiones, en este caso COLPENSIONES, deberá efectuar las operaciones con las fórmulas y procedimientos dispuestos el Decreto 1887 de 1994, fórmulas que necesariamente tienen en cuenta la desvalorización del aporte por el paso del tiempo o moratoria de ingreso de dichos aportes a las arcas e la entidad.

Pasa ahora la Sala a revisar en *consulta* a favor de COLPENSIONES, las decisiones que afectaron a dicha entidad.

Para el efecto se observa del expediente que se probaron las condiciones que dan acceso al derecho pensional que reclama GONZALO ANTONIO JIMÉNEZ GORDILLO, bajo la normatividad de la cual reclama aplicación en la demanda que dio inicio al proceso: la Ley 71 de 1988,

En efecto se encuentra amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues tenía más de 40 años de edad para el 1° de abril de 1994³, y más de 750 semanas entre tiempos privados y tiempos de servicio en el sector público (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA) para la entrada en

³ Tenía 36 años según el registro civil de nacimiento obrante a folio 19.

vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005: aún sin tener en cuenta las semanas reconocidas en este proceso a cargo del BANCO DE BOGOTÁ, tenía 806,67 semanas, según se observa en la historia laboral actualizada a 1° de octubre de 2019 que aportó COLPENSIONES (ver CD 1, documentación anexada por el Tribunal a folios 176 a 182).

Así las cosas, podía causar la prestación al amparo de la Ley 71 de 1988, cuyo artículo 7° asigna pensión de vejez por aportes a los hombres que cumplen la edad de 60 años si han cotizado un mínimo de veinte (20) años, es decir 1029 semanas, en una o varias de las entidades de previsión social y en el ISS, hoy COLPENSIONES.

Estas condiciones las demostró el demandante, pues cumplió 60 años de edad el 10 de mayo de 2011 (ver cédula de ciudadanía a folio 21), y de la historia laboral referida se obtienen **1.289,54** semanas entre tiempos públicos y privados para el 31 de diciembre de 2014 (momento en el cual expiró el régimen de transición), aun sin tener en cuenta las semanas que aquí se reconocen a cargo del BANCO DE BOGOTÁ, así: (i) **995.11** semanas cotizadas a COLPENSIONES para el 31 de diciembre de 2014, y, (ii) **294,43** semanas de tiempos públicos no cotizados a COLPENSIONES, que prestó el demandante a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA entre el 14 de febrero de 1994 y 31 de octubre de 1999. Las semanas referidas equivalen a 25 años y 27 días.

Se confirmará entonces la sentencia de primera instancia, incluso en cuanto dispuso: (i) que el disfrute de la prestación procede a partir del momento en que el actor acredite su retiro del servicio a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y se acredite el pago del cálculo actuarial a cargo del BANCO DE BOGOTÁ, materias que no fueron apeladas por la parte actora y no pueden ser modificadas pues se está conociendo esta materia en consulta a favor de COLPENSIONES; y, (ii) que el IBL de la prestación se debe definir bajo los parámetros del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues en este momento resultaría inocuo definir su valor, dado que se debe tener en cuenta hasta la

última semana efectivamente cotizada, y aún no se ha acreditado el retiro del actor del servicio (de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990).

El Tribunal no estudiará la solicitud elevada por la parte demandante en los alegatos de segunda instancia, pues esta materia no fue objeto de recurso de apelación, y se carece por ello la Sala de competencia para el efecto (artículo 66A del CPTSS)⁴.

Sin costas en la apelación.

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 del Banco de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

⁴ Pide que demandante en los alegatos que se revoque la autorización a COLPENSIONES de realizar descuentos por los aportes al Sistema General en Salud (ver folios 152 a 156)

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA RAMÍREZ DE SERRANO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 21 de octubre de 2020 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se NEGÓ la reliquidación de una pensión de sobrevivencia reconocida a favor de la demandante, cónyuge supérstite de VÍCTOR SERRANO BUENDÍA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARTHA RAMÍREZ DE SERRANO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene la reliquidación de la pensión de sobrevivencia reconocida a su favor, en calidad de cónyuge supérstite de VÍCTOR SERRANO BUENDÍA, con fundamento en que la entidad no indexó de forma correcta los salarios devengados por el causante. Pide que se paguen las diferencias pensionales adeudadas, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las condenas (ver demanda en folios 2 a 6).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que la prestación se reconoció de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, y en la Resolución SUB 183409 del 9 de julio de 2018 se realizaron las operaciones aritméticas para verificar la procedencia o no de la reliquidación de la mesada pensional, pero estas arrojaron un valor inferior al que actualmente devenga la demandante. Propuso como excepciones de mérito *prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración de pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 28 a 33 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de octubre del 2020, mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la reliquidación de la pensión de sobrevivencia reconocida a favor de la demandante. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por la demandante MARTHA RAMÍREZ DE SERRANO de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia del derecho planteada por la pasiva y declarándose el Despacho relevado del estudio de las demás, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante, liquídense por Secretaría e inclúyase la suma de trescientos mil pesos (\$300.000), valor en el que se estima las agencias en derecho, de conformidad con lo esbozado en la parte motiva de este proveído. CUARTO: CONSULTAR esta providencia a favor de la demandante ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en caso de no ser apelada*

oportunamente por este sujeto procesal, de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia” (CD 6, minuto 14:14).

Para tomar la decisión el Juez de primera instancia obtuvo un IBL de \$937.400 indexando los salarios para el año 1995, suma que al aplicar una tasa de reemplazo del 57% arrojó una mesada pensional de \$544.371, la cual resulta inferior a la reconocida por la entidad demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la demandante afirma que efectuando las operaciones para liquidar el IBL de la prestación que dejó causada VÍCTOR SERRANO BUENDÍA bajo los parámetros del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, obtiene una mesada pensional para el año 1995 de \$705.110, suma que al aplicar los incrementos anuales arroja una diferencia de \$331.000 respecto de la mesada pensional que actualmente devenga la actora (CD 6, minuto 15:31)¹.

¹ *“Inconforme con la decisión adoptada por su H. despacho, paso entonces a recurrir en apelación para que el expediente judicial sea enviado al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en sede de dicha alzada se sirva revocar la providencia emitida hoy, teniendo en cuenta que se discuten los guarismos sobre los cuales se hizo la liquidación de la prestación económica nuevamente, inclusive la liquidación que el juzgado realizó, con la que indica que no se presentan diferencias pensionales, sin embargo yo me aparto de ello, porque efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, es decir, calculando como indica la norma el IBL sobre los últimos 10 años de cotizaciones efectuados por el causante VÍCTOR SERRANO BUENDÍA, encontramos que sí existe una diferencia respecto del IBL que en su momento determinó COLPENSIONES, o el ISS en aquel entonces. La liquidación que efectuamos nosotros indica que el IBL de los últimos 10 años de cotización está situado en la suma de \$1.237.036, que al aplicarle la tasa de reemplazo del 57%, arrojaría una mesada inicial para el año 1995 de \$705.110, que es una suma considerablemente superior a la que inicialmente arrojó en la resolución que reconoció la pensión de sobrevivientes a mi acudida. Suma que para nuestros días indicaría una diferencia de alrededor de \$331.000 entre la mesada pensional que reconoció la entidad seguridad social y la que en realidad debe corresponder a la aquí demandante. Así su señoría, envíese pues el expediente administrativo para que efectuándose las operaciones aritméticas nuevamente por parte del Tribunal, ello con fiel apego a las indicaciones que trae el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se proceda a ordenar la reliquidación de la prestación económica de mi mandante, como quiera que el señor BUENDÍA realizó aportes hasta el año 1992, aportes que deben ser indexados hasta el año 1995, fecha en que iba a ser reconocida la prestación económica. En este aspecto, importante también, debemos de tener en cuenta que por ejemplo los últimos salarios con los que cotizó el causante son de la suma de \$665.070, que siendo indexados a diciembre de 1995, implican una suma de \$1.251.193 y este es el salario con el que el señor BUENDÍA cotizó desde el año 1988, que es una suma que no fue debidamente indexada en el momento de determinar la prestación económica por parte del extinto ISS, y error en el que se mantiene actualmente*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución 2119 del 25 de abril de 1996, el ISS, hoy COLPENSIONES, reconoció la pensión de sobrevivencia en favor de la demandante por ser beneficiaria de la prestación que se causó con el fallecimiento de VÍCTOR SERRANO BUENDÍA a partir del 24 de abril de 1995, en cuantía inicial de \$649.481, con fundamento en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (ver resolución a folio 13 del plenario). La prestación se liquidó teniendo en cuenta que el causante cotizó 828 semanas en toda la vida laboral, de las cuales COLPENSIONES obtuvo un IBL para el año 1995 de \$1.139.441, suma a la que aplicó una tasa de remplazo del 57% (así se observa en la Resolución referida y lo reconoció la entidad demandada en la contestación al hecho 2 de la demanda).

La controversia sobre el valor de la mesada de la actora se resuelve haciendo la liquidación de la prestación con el IBL de los últimos 10 años cotizados, de conformidad con lo establecido en el inciso 1°, artículo 21 de la Ley 100 de 1993², pues el causante cotizó 812,14 semanas en toda la vida laboral (ver historia laboral obrante en folios 49 a 53 del plenario).

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, tomando el detalle de los salarios sobre los cuales cotizó el causante certificados en la historia laboral actualizada que aportó COLPENSIONES (folios 49 a 53), el Tribunal obtiene como IBL de los últimos 10 años la suma de \$1.111.766, para el año 1995, a la cual se aplicó una tasa de reemplazo del 57% por lo dispuesto

COLPENSIONES, y es el motivo por el que se llevó esta discusión a sedes judiciales. Entonces, en ese orden de ideas, insisto remítase el expediente al Tribunal para que se revise el fallo aquí dictado y se proceda a hacer una nueva liquidación que determine el monto real de la prestación económica por sobrevivencia a que tiene derecho mi representada”.

² “[s]e entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

en el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 100 de 1993³, de lo cual se resulta como valor de la mesada pensional de MARTHA RAMÍREZ DE SERRANO para el año 1995 la suma de \$633.707, inferior a la que reconoció la entidad (\$649.481), razón por la cual se confirmará la decisión apelada.

OPERACIONES ARTIMÉTICAS

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1980	Diciembre	24	\$ 24.120	1,02	26,15	25,5234	\$ 615.624	\$ 14.774.976
1981	Enero	31	\$ 30.150	1,29	26,15	20,2801	\$ 611.445	\$ 18.954.788
1981	Febrero	28	\$ 30.150	1,29	26,15	20,2801	\$ 611.445	\$ 17.120.454
1981	Marzo	31	\$ 30.150	1,29	26,15	20,2801	\$ 611.445	\$ 18.954.788
1981	Abril	30	\$ 30.150	1,29	26,15	20,2801	\$ 611.445	\$ 18.343.343
1981	Mayo	31	\$ 39.310	1,29	26,15	20,2801	\$ 797.210	\$ 24.713.523
1981	Junio	30	\$ 39.310	1,29	26,15	20,2801	\$ 797.210	\$ 23.916.313
1981	Julio	31	\$ 39.310	1,29	26,15	20,2801	\$ 797.210	\$ 24.713.523
1981	Agosto	31	\$ 39.310	1,29	26,15	20,2801	\$ 797.210	\$ 24.713.523
1981	Septiembre	30	\$ 39.310	1,29	26,15	20,2801	\$ 797.210	\$ 23.916.313
1981	Octubre	31	\$ 39.310	1,29	26,15	20,2801	\$ 797.210	\$ 24.713.523
1981	Noviembre	30	\$ 39.310	1,29	26,15	20,2801	\$ 797.210	\$ 23.916.313
1981	Diciembre	31	\$ 39.310	1,29	26,15	20,2801	\$ 797.210	\$ 24.713.523
1982	Enero	31	\$ 39.310	1,63	26,15	16,0368	\$ 630.408	\$ 19.542.635
1982	Febrero	28	\$ 39.310	1,63	26,15	16,0368	\$ 630.408	\$ 17.651.412
1982	Marzo	31	\$ 39.310	1,63	26,15	16,0368	\$ 630.408	\$ 19.542.635
1982	Abril	30	\$ 39.310	1,63	26,15	16,0368	\$ 630.408	\$ 18.912.227
1982	Mayo	31	\$ 39.310	1,63	26,15	16,0368	\$ 630.408	\$ 19.542.635
1982	Junio	30	\$ 41.040	1,63	26,15	16,0368	\$ 658.151	\$ 19.744.538
1982	Julio	31	\$ 41.040	1,63	26,15	16,0368	\$ 658.151	\$ 20.402.690
1982	Agosto	31	\$ 41.040	1,63	26,15	16,0368	\$ 658.151	\$ 20.402.690
1982	Septiembre	30	\$ 41.040	1,63	26,15	16,0368	\$ 658.151	\$ 19.744.538
1982	Octubre	31	\$ 41.040	1,63	26,15	16,0368	\$ 658.151	\$ 20.402.690
1982	Noviembre	30	\$ 41.040	1,63	26,15	16,0368	\$ 658.151	\$ 19.744.538
1982	Diciembre	15	\$ 20.520	1,63	26,15	16,0368	\$ 329.076	\$ 4.936.135
1984	Mayo	31	\$ 105.834	2,36	26,15	11,0855	\$ 1.173.218	\$ 36.369.745
1984	Junio	30	\$ 143.120	2,36	26,15	11,0855	\$ 1.586.550	\$ 47.596.491
1984	Julio	31	\$ 121.700	2,36	26,15	11,0855	\$ 1.349.099	\$ 41.822.080
1984	Agosto	21	\$ 121.700	2,36	26,15	11,0855	\$ 1.349.099	\$ 28.331.086
1984	Septiembre	30	\$ 14.600	2,36	26,15	11,0855	\$ 161.848	\$ 4.855.427
1984	Octubre	31	\$ 149.479	2,36	26,15	11,0855	\$ 1.657.042	\$ 51.368.305
1984	Noviembre	30	\$ 163.020	2,36	26,15	11,0855	\$ 1.807.150	\$ 54.214.505
1984	Diciembre	31	\$ 132.700	2,36	26,15	11,0855	\$ 1.471.039	\$ 45.602.219
1985	Enero	31	\$ 132.700	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.243.659	\$ 38.553.425
1985	Febrero	28	\$ 132.700	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.243.659	\$ 34.822.448
1985	Marzo	31	\$ 132.700	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.243.659	\$ 38.553.425
1985	Abril	30	\$ 132.700	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.243.659	\$ 37.309.766

³ “El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación”. Al 45% inicial se le sumaron 12%, dado que el actor cuenta con 312 superiores a las 500 semanas.

1985	Mayo	31	\$ 145.190	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.360.715	\$ 42.182.153
1985	Junio	30	\$ 163.020	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.527.817	\$ 45.834.499
1985	Julio	31	\$ 159.400	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.493.890	\$ 46.310.594
1985	Agosto	31	\$ 159.400	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.493.890	\$ 46.310.594
1985	Septiembre	30	\$ 163.020	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.527.817	\$ 45.834.499
1985	Octubre	31	\$ 163.020	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.527.817	\$ 47.362.316
1985	Noviembre	30	\$ 163.020	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.527.817	\$ 45.834.499
1985	Diciembre	31	\$ 163.020	2,79	26,15	9,3720	\$ 1.527.817	\$ 47.362.316
1986	Enero	31	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 38.678.617
1986	Febrero	28	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 34.935.525
1986	Marzo	31	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 38.678.617
1986	Abril	30	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 37.430.919
1986	Mayo	31	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 38.678.617
1986	Junio	30	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 37.430.919
1986	Julio	31	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 38.678.617
1986	Agosto	31	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 38.678.617
1986	Septiembre	30	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 37.430.919
1986	Octubre	31	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 38.678.617
1986	Noviembre	30	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 37.430.919
1986	Diciembre	31	\$ 163.020	3,42	26,15	7,6536	\$ 1.247.697	\$ 38.678.617
1987	Enero	31	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 31.979.931
1987	Febrero	28	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 28.885.099
1987	Marzo	31	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 31.979.931
1987	Abril	30	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 30.948.320
1987	Mayo	31	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 31.979.931
1987	Junio	30	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 30.948.320
1987	Julio	31	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 31.979.931
1987	Agosto	31	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 31.979.931
1987	Septiembre	30	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 30.948.320
1987	Octubre	31	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 31.979.931
1987	Noviembre	30	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 30.948.320
1987	Diciembre	31	\$ 163.020	4,13	26,15	6,3281	\$ 1.031.611	\$ 31.979.931
1988	Enero	31	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 25.785.770
1988	Febrero	29	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 24.122.172
1988	Marzo	31	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 25.785.770
1988	Abril	30	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 24.953.971
1988	Mayo	31	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 25.785.770
1988	Junio	30	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 24.953.971
1988	Julio	31	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 25.785.770
1988	Agosto	31	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 25.785.770
1988	Septiembre	30	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 24.953.971
1988	Octubre	31	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 25.785.770
1988	Noviembre	30	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 24.953.971
1988	Diciembre	31	\$ 163.020	5,12	26,15	5,1024	\$ 831.799	\$ 25.785.770
1989	Enero	31	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 20.125.563
1989	Febrero	28	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 18.177.928
1989	Marzo	31	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 20.125.563
1989	Abril	30	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 19.476.351
1989	Mayo	31	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 20.125.563
1989	Junio	30	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 19.476.351
1989	Julio	31	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 20.125.563
1989	Agosto	31	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 20.125.563
1989	Septiembre	30	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 19.476.351
1989	Octubre	31	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 20.125.563
1989	Noviembre	30	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 19.476.351
1989	Diciembre	31	\$ 163.020	6,57	26,15	3,9824	\$ 649.212	\$ 20.125.563
1990	Enero	31	\$ 513.540	8,28	26,15	3,1576	\$ 1.621.533	\$ 50.267.508
1990	Febrero	28	\$ 513.540	8,28	26,15	3,1576	\$ 1.621.533	\$ 45.402.911

1990	Marzo	31	\$ 513.540	8,28	26,15	3,1576	\$ 1.621.533	\$ 50.267.508
1990	Abril	30	\$ 411.660	8,28	26,15	3,1576	\$ 1.299.840	\$ 38.995.215
1990	Mayo	31	\$ 343.500	8,28	26,15	3,1576	\$ 1.084.621	\$ 33.623.260
1990	Junio	30	\$ 665.070	8,28	26,15	3,1576	\$ 2.099.997	\$ 62.999.921
1990	Julio	31	\$ 665.070	8,28	26,15	3,1576	\$ 2.099.997	\$ 65.099.918
1990	Agosto	31	\$ 513.180	8,28	26,15	3,1576	\$ 1.620.396	\$ 50.232.270
1990	Septiembre	30	\$ 513.180	8,28	26,15	3,1576	\$ 1.620.396	\$ 48.611.874
1990	Octubre	31	\$ 513.180	8,28	26,15	3,1576	\$ 1.620.396	\$ 50.232.270
1990	Noviembre	30	\$ 665.070	8,28	26,15	3,1576	\$ 2.099.997	\$ 62.999.921
1990	Diciembre	31	\$ 665.070	8,28	26,15	3,1576	\$ 2.099.997	\$ 65.099.918
1991	Enero	31	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 49.181.143
1991	Febrero	28	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 44.421.678
1991	Marzo	31	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 49.181.143
1991	Abril	30	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 47.594.655
1991	Mayo	31	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 49.181.143
1991	Junio	30	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 47.594.655
1991	Julio	31	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 49.181.143
1991	Agosto	31	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 49.181.143
1991	Septiembre	30	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 47.594.655
1991	Octubre	31	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 49.181.143
1991	Noviembre	30	\$ 665.070	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.586.488	\$ 47.594.655
1991	Diciembre	31	\$ 663.300	10,96	26,15	2,3854	\$ 1.582.266	\$ 49.050.254
1992	Enero	31	\$ 665.070	13,90	26,15	1,8809	\$ 1.250.939	\$ 38.779.118
1992	Febrero	29	\$ 665.070	13,90	26,15	1,8809	\$ 1.250.939	\$ 36.277.239
1992	Marzo	31	\$ 665.070	13,90	26,15	1,8809	\$ 1.250.939	\$ 38.779.118
1992	Abril	30	\$ 665.070	13,90	26,15	1,8809	\$ 1.250.939	\$ 37.528.178

	IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS
TOTAL DIAS TRABAJADOS	3.650
TOTAL SALARIO DEVENGADO	\$4.057.946.348
IBL	\$1.111.766
MONTO	57%
VALOR MESADA PENSIONAL (AÑO 1995)	\$633.707

COSTAS de la apelación a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE DORIS GISELA SARMIENTO RUBIANO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Bogotá D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y para estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2020 por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se DECLARÓ causado el 28 de febrero de 2018 el derecho a pensión de vejez en la demandante, bajo las reglas del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, con T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (ver folio 119 vto).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DORIS GISELA SARMIENTO RUBIANO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de jubilación bajo las reglas

establecidas en normas anteriores a la Ley 100 de 1993 (ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 o Acuerdo 049 de 1990), por ser beneficiaria del régimen de transición. Afirma que completó una densidad de 1304 semanas el 11 de mayo de 2008, entre tiempos de servicios públicos en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, y tiempos privados, y advirtió que se deben imputar las semanas que no aparecen reportadas en la historia laboral de la afiliada que fueron certificados como laborados por el empleador. Pide el pago de la prestación a partir de la fecha en que se causó, teniendo en cuenta para el efecto el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, y el pago de intereses moratorios (ver demanda en folios 1 a 19 y subsanación en folios 83 y 84 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante no cumple los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición y tampoco acredita los requisitos para causar el derecho bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 88 a 95 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de noviembre de 2020, a través de la cual el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que la demandante causó el derecho a la pensión de vejez regulada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, el 28 de febrero de 2018. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DETERMINAR que la demandante DORIS GISELA SARMIENTO RUBIANO tiene estatus de pensionabilidad, a partir del 1º de marzo del año 2018, con base en lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las súplicas de la demandada relacionadas con el reconocimiento de la pensión de vejez a la luz del régimen*

*de transición, con base en lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, en la medida que la demandante en su condición de continuidad en el servicio hizo su petición antes de tiempo. CUARTO: ABSOLVER de las demás súplicas de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. QUINTO: SIN CONDENA en costas en la instancia. SEXTO: DECLARAR probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES, a excepción de la determinación de estatus pensional de la demandante. SÉPTIMO: En caso de no ser apelado el presente fallo, sùrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC” (CD 3, audiencia virtual No 2, minuto 20:27). Para tomar su decisión, el Juez concluyó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicio, no obstante, estimó que se cumplieron los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, para causar el derecho pensional, pues probó una densidad de 1433,84 entre tiempos de servicio en el sector público y tiempos privados cotizados al ISS, hoy COLPENSIONES, y advirtió que para el cómputo de semanas se tuvieron en cuenta los tiempos comprendidos entre el 1° de agosto de 1980 y el 25 de octubre de 1984 a cargo del empleador **EDUAR LEZACA SUÁREZ**, pues la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia permite contabilizar semanas en mora cuando se demuestra la relación laboral y la administradora no ejerce las acciones de cobro. No obstante, señaló que la pensión no se puede pagar pues en la actualidad la afiliada continúa efectuando cotizaciones al Sistema y no se registra novedad de retiro, por lo que no dictó condena adicional a cargo de la entidad demandada.*

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la parte demandante afirma que la prestación se causó en el año 2010, cuando la actora cumplió la edad de 55 años, y advirtió que las cotizaciones que se efectuaron en los años 2017 y 2018 se hicieron como consecuencia de la negativa de la entidad en el reconocimiento

pensional, pese a que ya había cumplido los requisitos que dan acceso al derecho (CD 3, audiencia virtual No 2, minuto 21:56)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Dado que la parte actora afirma tener derecho a la pensión de vejez desde el momento en el que cumplió la edad de 55 años, es decir, desde el 27 de noviembre de 2014 (ver cédula de ciudadanía obrante en el expediente administrativo – CD 1), y que a partir del 1° de enero de 2014 la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, aumentó la edad de las mujeres para acceder al derecho pensional a 57 años de edad, el Tribunal estudiará si la actora causó el derecho pensional que reclama con fundamento en normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

Para este efecto, el artículo 36 de esa normatividad estableció un régimen de transición normativa del cual se benefician los afiliados que tenían para la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones 35 años de edad las mujeres o 15 años de servicios cotizados, condiciones que NO demostró la demandante pues: (i) la cédula de ciudadanía visible en el expediente administrativo (CD 1) acredita que nació el 27 de noviembre de 1959 y por ello tenía 34 años de edad para el 1° de abril de 1994; y (ii) contaba con 409,7 semanas cotizadas para dicha data, equivalentes a 7 años, 11 meses y 18 días de cotizaciones.

¹ “Gracias señor juez. Me permito interponer recurso de apelación solicitando al H. Tribunal que revoque la sentencia en el siguiente sentido, solicitando que se tenga que la pensión solicitada fue causada cuando mi representada cumplió los 55 años, esto es en el año 2010, pues teniendo en cuenta todas las semanas todas las semanas cotizadas y certificadas para esa fecha, tenía el número de densidad de semanas necesarias para haber causado este derecho. Y que si bien, se realizaron cotizaciones posteriores en el año 2017 y 2018, estas cotizaciones se realizaron debido a la negativa por parte del seguro social, hoy COLPENSIONES, de la pensión que ya tenía derecho en el tiempo que lo había solicitado. Por estas razones tengo que presentar un recurso de apelación. Gracias”.

Para el cómputo de semanas referido se tuvieron en cuenta: (i) **90,43** semanas a cargo de LEZACA CACERES EDUARDO entre el 1° de febrero de 1983 y el 26 de octubre de 1984² que se deben computar en su totalidad pues se reportó afiliación a partir del 1° de febrero de 1983, no se presentaron novedades de retiro, y se declaran como periodos con deuda en la historia tradicional aportada por la parte demandante (folio 53), además la relación laboral se acreditada con la certificación obrante a folio 66 del plenario; (ii) **21,71** que corresponden a ciclos de cotización reportados en la historia laboral efectuados por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (empleador) de forma interrumpida entre el 26 de octubre de 1984 y el 2 de marzo de 1987 (ver folios 106 a 111); (iii) **11,56** semanas que no aparecen acreditadas en la historia laboral de COLPENSIONES y se encuentran a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como empleador, frente a los cuales se aportó acta de posesión para la vinculación como supernumeraria entre el 26 de noviembre y 13 de diciembre de 1984, el 26 de diciembre de 1984 y el 21 de enero de 1985, el 18 de febrero y el 12 de marzo de 1985³, y el 16 de marzo y el 8 de abril de 1987, y se aportó el respectivo aviso de entrada del trabajador al ISS – caja de previsión (ver folios 29 a 34, 48 y 49); y, (iv) **286** semanas de tiempos de servicio al ISS – empleador sin solución de continuidad, entre el 6 de octubre de 1988 y el 1° de abril de 1994, los cuales se encuentran acreditados en los antecedentes referidos en la Resolución 418 del 17 de febrero de 2010, proferida por el ISS (folios 72 a 77).

Debe advertir el Tribunal que, según ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la omisión del empleador en el pago oportuno de los aportes no se puede cargar al afiliado para desconocer sus derechos pensionales, y por ello se deben tener en cuenta todos los periodos durante los cuales exista (i) vínculo laboral, (ii) mora del empleador en el pago de

² De las cuales se observan solamente 4 semanas en la historia laboral emitida por COLPENSIONES (ver folios 106 a 111)

³ En relación con este lapso de tiempo no se reportaron 12 días de cotización, el resto de días si se encuentran visibles en la historia laboral.

cotizaciones, y (iii) omisión del Fondo de pensiones en obtener el pago de dichos aportes (sentencia de 5 de junio de 2012 radicación 41958), circunstancias que se demostraron ocurridas en los lapsos referidos en el párrafo anterior con el empleador EDUARDO LEZACA CACERES pero únicamente entre el 1° de febrero de 1983 y el 26 de octubre de 1984; y con el ISS empleador cuando fue vinculada de forma interrumpida como supernumeraria y sin solución de continuidad a partir del 6 de octubre de 1988, periodos que no aparecen completos en la historia laboral actualizada.

No se tuvieron en cuenta los tiempos laborados por la demandante para LEZACA CACERES EDUARDO entre el 1° de julio de 1980 y el 31 de enero de 1983, pues si bien se aportó certificación laboral de los servicios prestados durante dicho periodo (ver folio 66), solo hay prueba de afiliación con este empleador a partir del 1° de febrero de 1983 (ver folio 53) y por ello no se le puede endilgar a COLPENSIONES una omisión que implique responsabilidad por no adelantar acciones de cobro durante dicho interregno. La omisión por la falta de afiliación es del empleador y no del ISS hoy COLPENSIONES, y a dicho empleador no se le vinculó a este proceso judicial. De todas formas, de haberse tenido en cuenta dichos tiempos, a fin de determinar si la demandante cumple el requisito de tiempos de servicios para ser beneficiaria del régimen de transición, se llegaría a la misma conclusión pues solo completaría 544,56 semanas para el 1° de abril de 1994, equivalentes a 10 años, 7 meses y 2 días.

En conclusión, la demandante no podía causar el derecho pensional con fundamento en normas anteriores a la Ley 100 de 1993, y por lo mismo, no podía acceder al derecho que reclama a la edad de 55 años, pues su expectativa pensional se vio afectada con la reforma introducida por la Ley 797 de 2003 que aumentó el requisito de edad de las mujeres a 57 años a partir del 1° de enero de 2014 para acceder a la pensión de vejez.

Definido lo anterior, la Sala estudiará en Consulta en favor de COLPENSIONES, la decisión que reconoció la prestación a partir del 1° de marzo de 2018.

Para el efecto, se advierte que el derecho de la demandante se regula por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003. Esta última norma asigna pensión de vejez a las mujeres que lleguen a la edad de 57 años, si acreditan *“haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”*.

Bajo esta regla y dado que la demandante llegó a la edad de 57 años el 27 de noviembre de 2016 (CD 1) y acreditó cotizaciones por 1320,27 semanas en toda su vida laboral, causó el derecho a la pensión de vejez y adquirió el estatus pensional el 8 de mayo de 2020, momento en el cual completó el requisito de 1300 semanas de cotización al Sistema Pensional. Como la sentencia de primera instancia definió una fecha diferente, se modificará en lo pertinente.

La densidad de aportes se obtuvo de las semanas antes referidas, advirtiendo que fueron en totalidad **757,14** semanas de tiempos de servicio al ISS como empleador sin solución de continuidad, entre el 6 de octubre de 1988 y el 25 de junio de 2003, los cuales se encuentran acreditados en los antecedentes referidos en la Resolución 418 del 17 de febrero de 2010, proferida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ver folios 72 a 77 – Resolución aportada por la parte demandante). A ellas se suman (i) **250,86** semanas de tiempos de servicio a la ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO entre el 26 de junio de 2003 y el 11 de mayo de 2008, los cuales se encuentran acreditados en los antecedentes referidos en la misma resolución; y (ii) **188,57** semanas cotizadas por el empleador INVERSIONES CLS SAS entre el 1° de febrero de 2017 y el 31 de octubre de 2020, visibles en la historia laboral allegada por COLPENSIONES (ver folios 106 a 111).

Tal como lo definió la sentencia apelada, el disfrute de la prestación procede desde el momento en que la actora acredite el retiro efectivo del sistema (asunto sobre el cual -además- no se propuso recurso de apelación y se está conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES), pues no se podría entender una desafiliación táctica del Sistema en la medida en que el status pensional se adquirió en el transcurso del proceso, y por ello las reclamaciones administrativas aportadas son peticiones antes de tiempo.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia dictada en primera instancia, para establecer que DORIS GISELA SARMIENTO RUBIANO adquirió el estatus pensional bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, el día 8 de mayo del 2020.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
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.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end.

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 RODRIGO GUERRERO ESPINOSA CONTRA
ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES SAS, ALIANZA TEMPORAL RECURSO
HUMANO SAS, ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS Y APOYO
TEMPORAL RECURSO HUMANO LIMITADA.**

Bogotá D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de las sociedades demandadas, contra la sentencia dictada por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de septiembre de 2020 y su adición.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, RODRIGO GUERRERO ESPINOSA presentó demanda contra ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES SAS, ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO SAS, ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS Y APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LIMITADA., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo sin solución de continuidad con ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES SAS el cual estuvo vigente entre el 10 de octubre de 2011 y el

17 de enero de 2017, se declare que ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO SAS, ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS Y APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LIMITADA actuaron como simples intermediarias, y se condene a la ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES SAS al pago de recargos, horas extras, reliquidación de prestaciones sociales (cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones) y aportes a Seguridad Social con el verdadero salario, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de cesantías, intereses de las cesantías, los conceptos que se prueben extra y ultra y las costas del proceso. Como pretensión subsidiaria pide que se declare la existencia de contratos de trabajo con las empresas ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO SAS, ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS Y APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LIMITADA y que se dicten las condenas en contra de ellas.

Como fundamento de lo pedido afirma que prestó los servicios en favor de ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES SAS entre el 1º de octubre de 2011 y el 17 de febrero de 2017, desempeñó el cargo de auxiliar de escenografía -carpintero-, recibió como remuneración una suma superior al SMLV para cada una de las anualidades y recibía órdenes de la sociedad ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES. Decidió dar por terminada la relación laboral por mora en el pago de sus acreencias (folios 5 a 26).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por **ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES SAS** mediante apoderado, quien negó todos los hechos y se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias, con fundamento en que el actor no fue trabajador de esta empresa. Propuso como excepciones: *prescripción, pago, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, cobro de lo no debido y las demás que se encuentren probadas* (folios 277 a 286).

También fue contestada la demanda por **ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS** mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias, con fundamento en que

no se ejecutaron contratos continuos como afirma la demanda, y fueron liquidadas todas las prestaciones sociales y acreencias laborales causados en favor del demandante en los términos establecidos por la ley. Señala que durante la vinculación laboral no se generaron recargos, ni horas extras, ni devengó el demandante un salario superior al mínimo legal vigente por lo que no hay lugar a la reliquidación de derechos, y que actuó de buena fe. Propuso como excepciones: *prescripción, pago, falta de causa y de título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, cobro de lo no debido y las demás que se encuentren probadas* (folios 214 a 226).

Asimismo, contestó la demanda **APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LIMITADA** mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones afirmando que durante las relaciones de trabajo discontinuas que ejecutó con el demandante se pagaron las acreencias laborales en los términos establecidos por la ley. Indica que durante la vinculación laboral no se generaron recargos, ni horas extras ni se devengó un salario superior al mínimo legal vigente, por lo que no hay lugar a la reliquidación reclamada. Afirma que actuó de buena fe. Propuso como excepciones *prescripción, pago, falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, cobro de lo no debido y las demás que se encuentren probadas* (folios 297 a 308).

Igualmente contestó la demanda **ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO SAS** mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones principales como subsidiarias, afirmando que en las relaciones laborales con esta empresa se liquidaron todas las prestaciones sociales y acreencias laborales en los términos establecidos por la ley, por lo que no es posible declarar la indemnización por despido injusto (despido indirecto); y no se generaron recargos, ni horas extras, ni se devengó un salario superior al mínimo legal vigente, por lo que no hay lugar a la reliquidación solicitada en la demanda (folios 328 a 339).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de septiembre de 2020, mediante la cual el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de contrato de trabajo con ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES SAS y que las demás demandadas actuaron como simples intermediarias, pues se excedió el término previsto en la Ley para la ejecución de trabajos temporales. Respecto al salario evidenció que la denominación “*otras novedades*” de la nómina era factor salarial debido a la renuencia de los demandados en aportar los desprendibles de pago, y condenó a la reliquidación de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social en pensión. Consideró persistente el pago tardío de las acreencias laborales y justificada la renuncia por causa imputable al empleador. Declaró probada la excepción de prescripción de las acreencias laborales causadas antes del 15 de febrero de 2015 excepto el reajuste de las cesantías y el reajuste en los aportes a la seguridad social en pensiones, y no condenó a la indemnización contenida en el artículo 65 del CST, pues esta se pidió de manera subsidiaria.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: DECLARAR que el señor RODRIGO GUERRERO ESPINOSA y la SOCIEDAD ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES SAS existió un contrato de trabajo desde el primero de octubre de 2011 hasta el 17 de enero de 2017. SEGUNDO: DECLARAR, como salarios devengados por el trabajador, los siguientes: 2011 \$912.000, 2012 \$1.416.700, 2013 \$1.629.500, 2014 \$1.056.000, 2015 \$1.084.350, 2016 \$1.129.454., 2017 \$737.717. TERCERO: DECLARAR que el contrato de trabajo fue terminado por causas imputables al empleador por las razones antes expuestas. CUARTO: como consecuencia de las anteriores declaraciones se dispone CONDENAR a la SOCIEDAD ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES SAS a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero: por concepto de cesantías \$6.578.840,64, intereses sobre las cesantías \$249.588,64, por concepto de primas de servicio \$2.113.096,89, por concepto de vacaciones \$2.265.226,57, por concepto de indemnización por despido indirecto \$2.852.505,73, por concepto de sanción por el no pago de intereses sobre la cesantías \$249.586

*y por la sanción que establece el artículo 99 \$25.028.865. QUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES SAS al pago de las diferencias entre los aportes sufragados ante del sistema de seguridad social en pensiones de acuerdo a los salarios antes referidos y en las cuantías que determinen las respectivas entidades o la respectiva entidad en donde se encuentre afiliado el demandante a pensión. SEXTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción y NO PROBADAS las demás conforme a la parte motiva de esta providencia. SÉPTIMO: ABSOLVER a las demandadas del pago del trabajo suplementario conforme quedó visto en la parte motiva. OCTAVO: CONDENAR en costas a las demandadas incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente por cada una de las demandadas". (CD 5 HORA: 1 MIN 01:57 **ADICIÓN DEL FALLO.** "PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia principal en el sentido de que la condenas allí expuestas o del pago de las condenas allí impuestas responderán solidariamente las sociedades ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS, ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO SAS y APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LTDA, es así que este es el motivo de la sentencia complementaria frente a adicionar la sentencia principal para DECLARAR solidariamente responsables las empresas a las que acabo de hacer referencia de las condenas impuestas en audiencia anterior" (CD 6 MIN. 06:10).*

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de todas las sociedades demandadas afirma en el recurso que no se probaron salarios recibidos por encima del mínimo legal, pues se dio validez a desprendibles de nómina que fueron desconocidos desde la contestación de la demanda. Respecto de la sanción por no consignación de las cesantías afirma que el actor recibió a satisfacción sus cesantías conforme a la firma plasmada en las liquidaciones, lo que excluye mala fe, y las EST pagaron las cesantías causadas en todos los contratos. Frente a la indemnización por despido injusto dice que la causa no está bien invocada la

carta de renuncia, pues ésta se presentó a una de las Empresas de Servicios Temporales y no al empleador. Aduce además que la sentencia no tuvo en cuenta las excepciones de pago y de compensación propuestas (CD 6 HORA: 1 MIN. 05:07)¹. Frente a la adición de la sentencia pide que se

¹Si su señoría, me permito presentar el recurso de apelación de la siguiente manera (*se interrumpió por la juez 'Doctor, antes de que inicie con la argumentación de su recurso indíqueme frente a en representación de quién lo va a interponer'*) frente a todas las demandadas, entonces, en calidad de apoderado de las entidades demandadas presento recurso de apelación de la siguiente manera, es de tener en cuenta su señoría que si bien se hizo un estudio frente al problema jurídico presentado también lo es que existe unos yerros en la sentencia que su señoría acaba de elevar, teniendo en cuenta que no se hizo el estudio respectivo a la petición especial que se hizo en la contestación de demanda por parte de las empresas temporales en donde se indicó que se desconocía los desprendibles que se allegó en su momento, cierto, y se dio una petición especial, petición especial esta que no fue resuelta, que no se indicó por parte de su despacho para que pudiera dar a aplicación al 267, adicional a ello en interrogatorio de parte también se le pone de presente al señor Eduardo Granada frente a los desprendibles y en los cuales se desconoció teniendo en cuenta que los mismos carecen de veracidad teniendo en cuenta que son copias los cuales no evidencian que sean de la empresa, ello porque si se evidencia si se observa dentro del expediente se ve que son copias y da como, de cada hoja uno y dos como si se hubieran reproducido los mismos, lo que no tiene validez, no tiene fecha, no tiene firma ni sello conforme hace alusión su señoría frente a otros documentos que en donde sí resalta y dice que efectivamente esos documentos hay que tenerlos en cuenta porque existen unos sellos y unas firmas, esos desprendibles no fueron evaluados de la manera exhaustiva como se le solicitó en la contestación de la demanda. Ahora bien, pretende su señoría tener en cuenta un salario diferente para cada año, su señoría no puede dar aplicación al 267 de una manera tan salomónica como la que acabó de indicar señalando que como la parte actora no allegó los documentos, los desprendibles porque lastimosamente nosotros no los tenemos tampoco lo es que tenga que darle por cierto los hechos a la parte actora teniendo en cuenta que los hechos se dan por ciertos es con las pruebas, teniendo en cuenta como se ha hablado y se habla en lo de cuando una persona exige un derecho tiene que tener la prueba para que su señoría le de aplicación a la ley y le conceda el derecho, por ello es que no se le puede conceder un derecho a una persona que se le pagó el mínimo conforme se estableció, se le pagó su seguridad social conforme al mínimo como se estableció y, ahora se pretenda unas sumas diferentes cuando ello no existe prueba alguna frente a que cada año devengara esa suma entonces en ese caso se está cometiendo un error y una injusticia por las partes demandadas al pagar algo que no se debe, es por ello que si bien su señoría pretendía darle un valor probatorio a esos desprendibles que no cumplen los rigores y que efectivamente no se estudió la pretensión especial para que así su señoría le diera plena validez a esos documentos, también lo es que esos desprendibles indican de unos meses, dos, tres, cuatro meses, pero entonces los años siguientes dónde está el soporte para que su señoría tenga base y tenga certeza para dar una declaración frente a que se tiene en cuenta un salario diferente al salario mínimo el cual si fue pactado, he ahí el primer error en donde la sentencia que se profiere teniendo en cuenta que uno, se presentó una petición especial en donde se le desconoció esos documentos que su señoría le da valor probatorio, dos, al darle valor probatorio sin haberle hecho el estudio que le acabo de decir y tres, teniendo en cuenta para los demás meses y en el transcurso de los años de la relación laboral que indica no tener soporte alguno de esas diferencias o de esos salarios, es por ello que su señoría uno no puede tener en cuenta que si bien no se allegaron los desprendibles conforme le acabé de indicar y en el transcurso del proceso se indicó, tampoco lo es de que pueda dar de una manera certera un salario diferente. Ahora bien, es de tener en cuenta de que no existe mora en unos intereses indica su señoría que condena el pago de la sanción por la no consignación de las cesantías, también es cierto que en cada momento se liquidó los contratos su señoría y si se liquidó esos contratos el demandante recibió a satisfacción sus cesantías, así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que si bien no se da la consignación al fondo de cesantías el respectivo pago pero también lo recibe a satisfacción el trabajador, no genera ninguna indemnización por la no consignación de las cesantías, es por ello su señoría que usted no puede a dar una sanción cuando se está declarando una relación

laboral ahorita y mucho menos en el sentido de que se le canceló año a año así conforme lo indicó en su sentencia año a año se liquidó los contratos y año a año se pagó cesantías, intereses a las cesantías, las vacaciones y prima de servicios, entonces en esa liquidación fue firmada a satisfacción por el trabajador entonces no se puede predicar ahora de que se da un pago o una sanción por la no consignación de las cesantías cuando en su momento el trabajador a satisfacción recibió las cesantías, es por ello que solicito al Honorable Tribunal tenga en cuenta que la no procedencia por estos argumentos la no procedencia de la sanción por la no consignación a las cesantías. Adicional a ello, se indica que la seguridad social nos vamos a la seguridad social, en la seguridad social hay una prueba que efectivamente se le pagó al trabajador, su señoría relata que efectivamente se sobrepasó el tiempo pero es que el tiempo fue por una tarea diferente conforme se indicó en el desarrollo de las pruebas, primero fue carpintería y después fue auxiliar, son tareas totalmente independientes su señoría y eso están entendidas en el contrato de trabajo, esa prueba se presentó y no fue controvertida por la parte demandante y esa es la carga dinámica de la prueba, nosotros demandados presentamos los contratos en donde se indicó que cada uno era diferente, uno era por la labor de carpintería y otro era por la labor de auxiliar, quien le correspondía controvertir esto era la parte actora y no se hizo y me explico nuevamente por el tema de pretender tener en cuenta unos salarios por no haberse allegado unos desprendibles su señoría, el problema jurídico se debió haber desarrollado y se debió haber tenido en cuenta de acuerdo a las pruebas que se allegaron dentro del expediente y las pruebas que se allegaron dentro del expediente fueron diversas para demostrar que efectivamente el trabajador devengaba un salario mínimo, está el contrato, está el historial del pago de la seguridad social, está la liquidación, su señoría usted debe tener en cuenta que esos documentos son de plena validez y son fundamentos para que usted hubiera analizado que si bien es cierto se indican unos salarios diferentes al salario que realmente fue pactado para que usted tenga en cuenta un salario los cuales no están probados dentro del expediente, es que dentro del expediente no hay ningún salario de \$912.000 o de millón en adelante, en el expediente no existe prueba alguna de eso, por el contrario, existe prueba del salario real que devengaba el señor, ¿cuál era?, el salario mínimo, ¿en dónde está la prueba?, el contrato, ¿en dónde más está la prueba?, en el pago de la seguridad social, ¿en dónde está más la prueba?, en la liquidación, su señoría ahí están las pruebas donde se evidencia que no existe una diferencia salarial para que venga a indicar que existe un salario efectivamente pactado entre las partes y que esta parte incurrió en error. Ahora bien, su señoría no se puede indicar en el fallo que existió una mala fe, en ningún momento hubo mala fe por cuanto que se le pagaron todas las prestaciones sociales al demandante, mala fe hubiera sido donde no se le hubieran pagado las prestaciones sociales o no se le hubiera pagado su liquidación definitiva, sus liquidaciones fueron pagadas año a año, contrato que se liquidaba contrato que se le pagaba entonces su señoría no se puede pretender que existe una mala fe cuando un empleador le paga su liquidación y si existe una nueva obra le inicia un nuevo contrato, entonces bajo ese orden de ideas solicito su señoría, el Honorable Tribunal absuelva a la demandada. Ahora bien, se indica una terminación de la relación laboral por un incumplimiento al pago, ¿cuál incumplimiento al pago?, si se le pagó cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, si el señor hubiera estado inconforme al pago de las prestaciones no hubiera durado conforme lo proyectó el Juez de instancia en que duró 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 o sea, no puede indicar después de un periodo largo de que renuncia porque efectivamente no se le pagaron las prestaciones, su señoría ahí está dentro del expediente se le pagaron sus prestaciones durante todo ese lapso ¿por qué viene a decir de que existe una justa causa?, ahí no existe una justa causa, ahora bien, ¿la justa causa por qué se le indica?, la justa causa no está bien invocada su señoría porque es que la justa causa está elevada ante una empresa temporal Apoyo Temporal que fue la última, por qué se indica, en ese momento la empresa Apoyo Temporal estaba al día se le pagó al día, ¿por qué se está indicando ante esa empresa unas justificaciones que fueron presentadas ante otras empresas?, entonces no se puede predicar que existe una justa causa, ahora bien, si él lo que indicaba que siempre era trabajador de la empresa Escenografías debió elevar esa carta ante la empresa Escenografía, la carta de terminación no está elevada ante la empresa Escenografías y el trabajador siempre ha indicado que la empresa era Escenografías era su verdadero empleador, ¿por qué no se la presentó a él?, no se la presentó, se la presentó a una empresa temporal totalmente diferente y ajena a los sucesos que están plasmados en la carta de terminación, es por ello que no puede proceder una indemnización por despido teniendo en cuenta por terminación de la relación laboral teniendo en cuenta estos dos puntos, primero, no existen los fundamentos que indica en esa carta los cuales son incumplimiento a las prestaciones

declare la nulidad, pues se dictó después de concedido el recurso de apelación y el juez había perdido por ello competencia, además, no existe responsabilidad solidaria porque las empresas temporales cumplieron con la obligación legal de pagar todas las prestaciones, y aplicar esta figura daría lugar al pago doble de los derechos (CD 7 MIN 07:44)².

porque en todas las liquidaciones está demostrado que se le pagó, segundo, la carta que se presenta es ante Apoyo Temporal Recurso Humano no ante Escenografías y si vemos la contratación de Apoyo Temporal se le pagó debidamente todas las prestaciones y ahora bien es de reiterar que existe una prescripción porque si bien es cierto su señoría me está declarando una relación laboral del 2011 al 2017 frente a la sanción por no consignación a las cesantías se evidencia de que las del 2011 se tenían que presentar en el 2012 están prescritas, toda esa sanción está prescrita, la sanción no puede correr de diferente manera porque existió un pago a las cesantías, un pago a los intereses de las cesantías, un pago a la prestación, por ello es que se tiene que tener en cuenta y hacer un estudio más minucioso frente al tema de la prescripción. Ahora bien, se tiene que tener en cuenta frente al tema del pago, su señoría no se pronunció frente al tema de la excepción de pago y compensación que fueron presentadas en su momento, entonces es por ello que presento recurso de apelación para que el Honorable Tribunal revoque la sentencia frente a las condenas y frente a la declaración teniendo en cuenta que dentro del expediente se evidencia que las empresas demandadas obraron de buena fe y les cancelaron todas las prestaciones y que las empresas demandadas no tienen obligación alguna a pagarle ninguna clase de indemnizaciones laborales que pretende la parte actora, bajo ese orden de ideas elevo mi recurso de apelación, gracias su señoría.

² Si su señoría, me permito presentar ahí apelación y nulidad frente a esta actuación que está haciendo teniendo en cuenta que escapa de la órbita del Juez de conocimiento teniendo en cuenta que si bien es cierto se puede dar la sentencia complementaria de oficio o a solicitud de parte la cual no se hizo a solicitud de parte también lo es que esta misma debía haberse hecho al momento antes de reconocer el recurso de apelación situación que escapa de la órbita del Juez teniendo en cuenta que si bien es cierto se evidencia que en su providencia falta una parte integral de la parte resolutive conforme a las consideraciones, también lo es que en su momento debió haberlo hecho, y ¿cuál fue el momento en que debió haberlo hecho?, fue antes de conceder el recurso de apelación, por consecuencia ello escapa de la órbita del Juez complementar una sentencia cuando ya concede un recurso de apelación sabiendo que ya le compete en este caso cualquier pronunciamiento más de fondo y de sustancial al Tribunal teniendo en cuenta que el presente proceso, las presentes diligencias conforme en su momento que se apeló le corresponde resolverlo al Honorable Tribunal, bajo ese orden de ideas es procedente que se declare y solicito a los Honorables Magistrados que al momento de estudiar la apelación que se presentó en su momento también se pronuncie sobre la nulidad que se está presentando y esta nulidad efectivamente debe partir desde la sentencia que se profirió el día 11 de septiembre para que en su momento los Honorables Magistrados estudien la nulidad que en este momento estoy presentando teniendo en cuenta como lo acabé de decir que debió haberse hecho antes de conceder el recurso de apelación y no posterior al recurso de apelación por cuanto ya cualquier pronunciamiento del presente de su señoría del Juez de conocimiento no tiene competencia, bajo ese orden de ideas interpongo obviamente el recurso de apelación que se presentó en su momento y reiterando que se presenta una nulidad para que en su momento sea resuelta por el Honorable Tribunal y bajo ese orden de ideas se revoque y nuevamente se dicte sentencia que se efectuó desde el día 11 de septiembre del presente año, gracias su señoría. (*Intervención de la Juez*). Entonces, reitero que la apelación también da sustento a los argumentos que se evidenciaron en la sentencia que se profirió el día once de septiembre y así mismo que obviamente no procede la solidaridad en la medida que en su momento las empresas demandadas, en este caso las empresas temporales, cumplieron con su obligación legal la cual fue pagarle cada una de sus prestaciones que se generaron en su momento conforme se evidencia dentro del plenario, en donde se evidencia en cada liquidación que efectivamente fue recibida por el trabajador a satisfacción los conceptos de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios los cuales no procede condena a un cobro a las empresas temporales en la medida y tampoco de la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En el recurso no se planteó controversia sobre la existencia de una relación de trabajo entre el demandante y la sociedad ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES SAS, entre el 1 de octubre de 2011 y el 17 de enero de 2017, en la cual las sociedades ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO SAS, ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS Y APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LIMITADA actuaron como simples intermediarias. Estos hechos se tendrán como ciertos por el Tribunal.

Las materias que debe resolver la Sala por haber sido objeto del recuso de apelación, versan sobre: (i) la prueba de los salarios devengados por el actor

empresa usuaria en la medida que efectivamente se le realizó los pagos, el generar un pago adicional que se indicó en la sentencia de su señoría, lo que se generaría sería un doble pago y mucho menos se puede generar una indemnización o una sanción por no consignación a las cesantías en la medida como se reitera en su momento el trabajador recibió a satisfacción las cesantías, si bien es cierto no fueron consignadas esas cesantías en su momento, también lo es que a satisfacción conforme se evidencia en el plenario en las liquidaciones, lo recibió y eso es acorde conforme a la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que si bien el orden de las cosas es que el empleador consigne las cesantías al fondo respectivo también lo es que si se evidencia que efectivamente el trabajador recibió ese pago de cesantías a satisfacción no procede una sanción por no pago a las cesantías, entonces bajo ese orden de ideas, no se puede evidenciar que obviamente haya solidaridad y mucho menos un pago adicional al que se efectuó en su momento por cuanto se evidenciaría un doble pago, así mismo, es de tener en cuenta conforme se indicó al inicio de la apelación de la sentencia del once de septiembre fue que en su momento si bien es cierto se tuvo en cuenta por parte del despacho unos desprendibles de nómina, también lo es que en su momento se indicó que se desconocía los mismos conforme en la contestación de la demanda se indicó como solicitud especial en donde se indicaba que se desconocía esos documentos, documentos que si bien es cierto que el despacho hizo su análisis, también lo es que faltó el análisis al tenerlos como prueba en el sentido de que primero debía haberse analizado que se tenían con sustento probatorio y bajo ese orden de ideas no procedía la solicitud especial o la manifestación por parte de las demandadas en las contestación de demandas al momento de desconocer estos documentos, es decir, la sentencia en ningún momento en sus consideraciones se pronunció frente a este desconocimiento que se elevó en la contestación de la demanda como también se reiteró por el representante legal de las demandadas en interrogatorio de parte, lo que se evidencia efectivamente que hay un error frente al análisis probatorio teniendo en cuenta que si bien lo tiene en cuenta para tener fundamento a las condenas o a la búsqueda de unas diferencias salariales, también lo es que debió en su momento a la par debió haber hecho el análisis frente que esos no podían tener el énfasis de desconocimiento por cuanto que cumplían... (*intervención de la Juez*). Gracias su señoría, bajo ese orden de ideas conforme se indicó desde la apelación desde el inicio se apeló también este sentido, entonces le pido al Honorable Tribunal tenga en cuenta los argumentos expuestos que se presentaron en el momento legal dentro del término el cual fue el once de septiembre donde también se indicó la apelación frente a la posible complementación que se está haciendo de manera irregular, en el sentido de que debió haberse hecho dentro del término conforme se indicó desde el inicio, bajo ese orden de ideas presento mis argumentos, muchas gracias su señoría.

que sirvieron de base para el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a la seguridad social en pensiones; (ii) el derecho a indemnización por despido sin justa causa (despido indirecto); (iii) la procedencia o no de la condena al pago de sanción por no consignación de cesantías; y (iv) la responsabilidad solidaria que declaró la sentencia apelada.

Antes de abordar el estudio de estas materias, se debe advertir frente a las afirmaciones que hace el recurrente sobre irregularidades en la *adición* de la sentencia, que dicha actuación judicial es imperativa para el juez cuando no se han resuelto todos los extremos de la Litis, y procede de oficio o a petición de parte dentro del término de ejecutoria de la providencia, como ocurrió en este expediente. Así lo ordena el artículo 287 del CGP.

(i) Sobre el SALARIO devengado por el demandante, el Tribunal encuentra acertada la decisión de primera instancia pues las pruebas allegadas en folios 83 a 97 evidencian pagos que recibió, y quien tenía la carga de desvirtuar que tuvieran naturaleza salarial la tenía el empleador, como lo ha dicho reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia SL 5159-2018 del 14 de noviembre de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO): *“no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa”*.

Además, en la audiencia celebrada el 8 de octubre de 2019 el juez impuso a la parte demandada la carga de allegar los desprendibles de pago que pudieran controvertir lo manifestado por el actor en su demanda y en los documentos que aportó, carga que no se cumplió.

Frente a la validez y el alcance probatorio de los documentos aportados por el demandante y las respuestas evasivas del representante legal de la sociedad ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS, se le informó -además- que no se había efectuado el trámite procesal pertinente a la tacha o al desconocimiento de documentos, decisión que comparte el Tribunal, pues para que el *desconocimiento* de un documento sea admisible se debe identificar el documento específico y se deben expresar razones concretas de la solicitud, formalidades que no cumplió la demandada. Así lo dispone el artículo 272 del CGP.

(ii) Igualmente se confirmará la decisión apelada en cuanto ordenó el pago de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO, pues las afirmaciones que hace el demandante en su carta de renuncia motivada (folio 319) quedaron demostradas en primera y segunda instancia -según lo dicho atrás- y se pueden enmarcar en la *causa justa* de terminación que regula el literal b) numeral 6° del artículo 62 del CST como incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del patrono de sus obligaciones convencionales o legales, causal que opera válidamente aunque la carta de renuncia motivada se hubiera entregado a la sociedad APOYO TEMPORAL dado el carácter de *simple intermediario* que se declaró probado y hace que todas las actuaciones realizadas ante ella se entiendan efectuadas ante el empleador a quien representa.

(iii) No obstante se revocará la condena impuesta en primera instancia al pago de SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS. Para el efecto se debe precisar que dicho pago se causa por el incumplimiento de una obligación de *hacer*: consignar en un Fondo autorizado las cesantías causadas en el año anterior, y por ello la conducta del empleador se debe revisar en relación con dicha omisión. Ha dicho la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ- que esta sanción no opera de forma pues bien puede demostrar buena fe, y esta se deduce del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas, aunque ellas resulten equivocadas, de no estar obligado a hacer la consignación antes del 15 de febrero de cada año, y dado que se

demostró que el auxilio causado cada año era pagado directamente al trabajador por las EST's (hecho que se demostró ocurrido en el expediente con los documentos de folios 102, 230, 239, 311, 417, 418, 423, 454 461, 467 y la confesión del demandante, cd 2 minuto 22:30), bien podía entender el empleador que no estaba en la obligación de consignar *nuevamente* las sumas que ya se habían pagado directamente a los trabajadores.

(iv) finalmente y frente a la RESPONSABILIDAD SOLIDARIA que declaró el juez en la adición de la sentencia de primera instancia, basta con transcribir el aparte del artículo 35 del CST para confiar dicha decisión. Dice el numeral 3º de la norma: *“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”*.

Se modificará entonces la sentencia apelada, advirtiéndolo, para responder a las afirmaciones que hace el recurso sobre excepciones de compensación y de pago, que en las contestaciones de demanda no se propuso la excepción de COMPENSACIÓN y según el artículo 282 del CGP esta excepción no procede de oficio; y frente al PAGO, la decisión de primera instancia la lo entendió probado parcialmente, pues fulminó condena sobre *reajustes* a la liquidación de las prestaciones sociales y vacaciones con el verdadero salario devengado por el actor, y no sobre la totalidad de tales derechos.

Por el resultado del recurso no se dictará condena en COSTAS de segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral CUARTO de la sentencia apelada, para **ABSOLVER** a las demandadas del pago por sanción por no consignación de cesantías.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
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 EMILIO SUCCAR MARTÍNEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y LAS INTEGRADAS COMO LITISCONSORTE NECESARIO (LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS).

Bogotá D. C., Dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 15 de octubre de 2020 por el Juez Dieciséis (16) 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).

Téngase a la doctora Alida de Pilar Mateus, con T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, EMILIO SUCCAR MARTINEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la resolución de contrato mediante el cual se realizó el traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 01 de mayo de 2003. Señala que PORVENIR S.A omitió brindarle información completa y oportuna al momento de suscribir el formulario y no le indicó las implicaciones del cambio de régimen. Como consecuencia de lo anterior, pide que se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas utilizadas para financiar la pensión que se encuentran en la cuenta individual del demandante, los conceptos que se encuentren probados extra y ultra petita, y las costas del proceso (ver demanda y subsanación en folios 42 a 70 y 75 a 81).

La demandada PORVENIR S.A, contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el demandante cuando se afilió a esta AFP ya había realizado un traslado inicial a COLFONDOS S.A. y fue esa administradora quien le entregó la información para el cambio de régimen pensional. Afirma que PORVENIR S.A efectuó el traslado horizontal en el año 2003 en un acto válido, libre, espontáneo y sin presiones, luego de haber brindar asesoría integral al demandante, quien suscribió el formulario de manera voluntaria. Además, el demandante se afilió a planes de pensión voluntaria lo que permite concluir que conocía las características de este régimen. Finalmente indica que es inviable el traslado al RPM pues EMILIO SUCCAR se halla inmerso en la prohibición legal (artículo 2 Ley 100 de 1993) pues se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe de la AFP PORVENIR S.A, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva que pretende atacar la afiliación,*

ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, y la innominada o genérica (ver contestación en folios 136 a 161).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que no se está en presencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), ni existen causas de nulidad que invalide el traslado de régimen, pues para la fecha de traslado las AFP'S no tenían obligación de dejar soporte documental que permitiera evidenciar el asesoramiento brindado, y durante la permanencia en el RAIS el demandante recibió información de su cuenta. Indica que con la documental que reposa en el proceso se observa que la afiliación se encuentra sujeta a derecho y que los traslados se realizaron de manera libre y voluntaria. Propuso como excepción previa *falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa* y de fondo las denominadas: *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica*. (ver contestación en folios 188 a 194 del plenario).

Igualmente contestó la demanda LA ADMINISTRADORA COLFONDOS S.A, mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación del demandante cumplió con todos los presupuestos de ley. Indica que tanto el traslado de régimen inicial como horizontal, se realizó de forma libre, voluntaria y señala que no se puede considerar un acto sin valor jurídico sólo porque el actor no cumplió con los ahorros que darían lugar a su hacer realidad su expectativa pensional. Afirma que COLFONDOS le brindó toda la información pertinente, y no es procedente que después de 20 años de estar en el RAIS asevere que fue engañado o que estaba desinformado, cuando suscribió el formulario de manera consciente y libre. Propuso como excepciones las denominadas: *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 RAIS y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado* (ver contestación en folios 203 a 214 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de octubre de 2020, mediante la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive tiene el siguiente tenor: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que tuvo lugar con destino a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y que efectiva desde el 01 de febrero de 1995, y con posterior traslado horizontal entre administradoras del régimen de ahorro individual en el año 2003 con destino a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, y en el año 2011 a PORVENIR S.A., por efecto de la omisión en el deber de información en el momento del traslado de régimen pensional. SEGUNDO: Cómo consecuencia de la declaración del numeral anterior, se CONDENA a PORVENIR S.A a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los créditos o intereses que las mismas han producido, y en general toda suma que se haya recibido con motivo de la cotización al Régimen de Ahorro Individual en favor del demandante, para ser trasladados esos recursos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. TERCERO: SE CONDENA a COLPENSIONES a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, según lo condenado en el numeral segundo que antecede y a reactivar la historia laboral de cotizaciones del demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se DECLARA así el único válido en relación con la filiación del demandante al sistema de seguridad social en pensiones. CUARTO: SE DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: SE CONDENA en costas de la instancia a las demandadas y en favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo los montos como agencias en derecho de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS,*

y de 1/4 de salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de las demandas PORVENIR S.A Y COLPENSIONES.” (CD 4 Hora 1 Minuto 38:27)

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que COLFONDOS S.A. no demostró que hubiese suministrado al demandante una asesoría suficiente, veraz, clara, completa, amplia, detallada y oportuna para el momento del traslado de régimen pensional y sobre las consecuencias de dicho traslado. Argumentó que la firma de los formularios de afiliación NO convalida que se le hubiese brindado una asesoría integral, y señaló que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral la carga probatoria la tienen los fondos. Respecto al traslado horizontal a PORVENIR indicó que este acto no ratifica el consentimiento informado y encontró que esta última AFP tampoco cumplió con la carga probatoria.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se ordene no sólo a PORVENIR S.A. sino también a COLFONDOS S.A., la devolución de la totalidad de los aportes y cuotas de administración, durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado en cada una de ellas, con el fin de garantizar el reintegro de la totalidad de los valores que corresponden (CD 4 Hora 1 Minuto 42:09)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹ “Sí señor juez, siendo este el momento procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia, únicamente en el sentido que los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, se permitan adicionar la sentencia declarando y teniendo en cuenta que fundamentos sí bien en los fundamentos del fallo se aplica el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, es decir, en sentencias como la SL del 8 de septiembre del 2008 con radicado 31989, SL 17595 del 2017, SL 4989 de 2018 y SL 1421 del 2019, en la medida que con esta decisión se debe observar el principio de equilibrio financiero del sistema, el impacto en el PIT y en la reserva pensional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005, de manera que ante un posible retorno del demandante al Régimen de Prima Media se ordene la devolución de la totalidad de los aportes, como también la cuota de administración de manera que se garantice el reintegro de la totalidad de la cotización, y esto no solo para Porvenir sino también para Colfondos, toda vez que durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado en dicho fondo, pues también se hicieron deducciones de las cotizaciones presentadas. Esto únicamente en cuanto al recurso muchas gracias.

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 cuando cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 38 años de edad y había cotizado 709.29² semanas, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (13 años, 8 meses y 10 días), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según el cual, se debe

² Ver cédula de ciudadanía e historia laboral actualizada de COLPENSIONES en Cd 2 que contiene expediente administrativo a folio 181.

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *"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*

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".

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A no demostró haberle brindado toda la información pertinente en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo o con posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 01 de febrero de 1995 a COLFONDOS S.A, el 17 de marzo de 2003 a HORIZONTE por absorción hoy PORVENIR S.A y el 29 de septiembre de 2011 a PORVENIR S.A -, AFP en la que se encuentra actualmente afiliado ver historial de aportes, formularios de afiliación y SIAFP (folios 91 a 94 y 96 a 125).

Respondiendo al recurso interpuesto por COLPENSIONES y conociendo en consulta a favor de la misma administradora, el Tribunal adicionará a la decisión de primera instancia y ordenará la devolución de los gastos de administración que cobraron ambas AFP’S durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en cada una de ellas, tal como lo ha dispuesto la

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Igualmente, se declarará que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en las que incurrieron los fondos de pensiones.

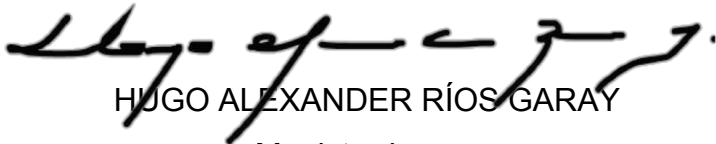
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para CONDENAR a PORVENIR S.A y a COLFONDOS S.A a devolver los gastos de administración que cobraron durante la permanencia de EMILIO SUCCAR MARTINEZ en RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **Sin COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

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 ANA STELLA YEPES CAMACHO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D. C., Dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en apelación y consulta en favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2020 por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Laura Elizabeth Gutiérrez, con T.P. 303.924 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

Téngase al doctor Rafael Alberto Gutiérrez, con T.P. 292.765 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la demandante, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANA STELLA YEPES CAMACHO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES y la COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad y/o ineficacia del RPM al RAIS, ocurrido el 01 de diciembre de 2001. Señala que COLFONDOS S.A omitió brindarle información clara, cierta y oportuna al momento de suscribir el formulario de su traslado pues no le indicó las condiciones, características, y requisitos para acceder al reconocimiento pensional al RAIS, ni le entregó proyecciones comparativas sobre el valor de su mesada pensional entre cada régimen, y omitió indicarle a qué edad debía redimir el bono pensional. Como consecuencia de lo anterior, pide que se ordene a la AFP COLFONDOS S.A devolver a COLPENSIONES el monto total de cotizaciones, rendimientos financieros que se hubiesen causado y el saldo de la cuenta individual de la demandante, y a COLPENSIONES recibir todos los conceptos referidos y que active la afiliación registrando en la historia laboral las semanas cotizadas en la AFP COLFONDOS S.A. Como pretensión subsidiaria solicita que se declare a COLFONDOS S.A responsable de los perjuicios que le ocasionó a la demandante por la omisión en la asesoría, y le pague a título de indemnización la suma de \$363.604.788 por los perjuicios equivalente a las diferencias pensionales por trasladarse al RAIS, que se condene a lo que se encuentre probado extra y ultra petita, y las costas del proceso (ver demanda en folios 2 al 17 del plenario).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que brindó una asesoría integral y completa sobre las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen, la asesoró y le indicó todas las características, diferencias, ventajas y desventajas entre un régimen y otro, y por ello la demandante tomó una decisión libre informada y consciente al trasladarse al RAIS, como lo expresó al suscribir el formulario de vinculación. Afirma que no era posible predecir el valor de la mesada pensional en el momento del traslado, y que la demandante no se puede trasladar a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Respecto de las pretensiones subsidiarias reitera que no hay lugar al pago por perjuicios económicos pues

no existen elementos de prueba que permitan evidenciar un daño o relación de causalidad entre la conducta culposa de la AFP y el perjuicio. Propuso como excepciones: falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 59 a 89).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado. Afirma que la demandante está válidamente afiliada a COLFONDOS S.A., que no hubo vicios del consentimiento, y que la demandante no se puede trasladar pues está a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Propuso como excepciones las denominadas: *inexistencia del derecho para regresar al RPM, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada* (ver contestación en folios 106 a 121 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de septiembre de 2020, mediante la cual el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora demandante ANA ESTELA YEPES CAMACHO, identificada con la cédula de ciudadanía 51’646.377, a la AFP COLFONDOS S.A., suscrita el pasado 01 de octubre del año 2001, por los motivos expuestos en esta sentencia, y en consecuencia declarar qué para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó del régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar todos los*

dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, de acuerdo con lo motivado en este fallo. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual y tenerlo como semanas efectivamente cotizadas. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las entidades demandadas y relevarse de los demás medios exceptivos. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada esto es a la AFP COLFONDOS S.A., señálese como agencias es derecho la suma de \$1'200.000 a favor de la parte actora. SEXTO: contra esta sentencia sólo procede el recurso de apelación.” (CD 3 Hora 1 Minuto 01:28)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de COLPENSIONES afirma que la demandante no reúne los requisitos legales para regresar al RPM y que no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía derechos adquiridos. Señala que el error alegado por la demandante no vicia el consentimiento pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y advierte que ANA STELLA YEPSE conocía a cabalidad la modalidad y características del RAIS, tanto así que generó aportes voluntarios, y con posterior a la afiliación recibió una doble asesoría. Finalmente considera que las sentencias donde se declara la de ineficacia afectan la sostenibilidad financiera y la equidad en el Sistema de Seguridad Social (CD 3 Hora 1 Minuto 05:04)¹.

¹ “Señoría, teniendo en cuenta el fallo emitido por su despacho, Colpensiones presenta recurso de apelación en tanto a qué se opone al mismo, y solicita sea revocado por el Ad quem de esta manera, y el cual se sustenta así: Tal como queda evidenciado, la demandante no reúnen los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, ello porque no está cobijada bajo el régimen de transición y tampoco puede regresar al régimen de prima media, toda vez que se encuentra bajo la prohibición legal de letra E del artículo 2 de la ley 797 del 2003. Es de recordar que esta Norma es de manera taxativa y de conocimiento público, y que hoy se está olvidando, generando así un déficit frente al régimen de prima media, ocasionando un error frente a la aplicación de esta normatividad. Ahora bien, frente al error que alega la demandante, ésta no es otra que contenida dentro del artículo 1509 del código civil, error sobre un punto de derecho, el cual no vicia el consentimiento en concordancia con el artículo noveno ignorancia de la ley está que no sirve de excusa, y se debe entender que el vicio que

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 vigencia 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,

ha sido alegado por la parte demandante no existe. Aunado a ello su señoría, es pertinente manifestar que en sentencia proferida en marzo del 2017 en el proceso 0720151140 magistrado ponente Ángela María Trujillo, manifestó lo siguiente, me permito abrir comillas de la siguiente manera “ En consecuencia la sala no encuentra afectado el acto voluntario libre de traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante, primero: Porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que le impidiera. segundo: a la fecha del traslado el demandante no tenía derechos adquiridos entendidos como aquellos que se consolidan una vez se han cumplido todos los presupuestos normativos exigidos bajo el Imperio de la ley, cabe señalar señores magistrados que la demandante conocía a cabalidad la modalidad y características del régimen de ahorro individual, tal es que llegó al punto de generar aportes voluntarios, esto que también se identifica que solicitó una doble asesoría, en este caso posteriormente a la afiliación. De acuerdo con ello también, señores magistrados, cabe señalar que con el fallo del A quo, el mismo afecta la sostenibilidad financiera que está basada en los principios de equidad e igualdad de quién es igualmente si efectúa cotizaciones a mi representada, pues se otorga la ineficacia del traslado aún cuando la demandante se encuentra bajo la prohibición legal de la ley 797 del 2003, y más cuando aún se observa que la afiliación se encuentra válidamente conforme a los más de 19 años en los que la demandante se encontraba afiliada y cotizando, generando así de manera voluntaria los aportes y sus descuentos respectivos. De manera que señores magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, solicitó respetuosamente se estudie el fallo emitido por el Ad quem en tanto que es evidente la existencia de la prohibición legal del literal E del artículo 2 de la ley 797 del 2003, y por ende debe revocarse la sentencia de primera instancia, y en segunda instancia absolverse a mi representada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte demandante. Muchas gracias su señoría.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 40 años de edad y había cotizado 346.86² semanas, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (4 años, 8 meses y 9 días), y para la fecha en que presentó la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

² Ver cédula de ciudadanía e historia laboral actualizada de COLPENSIONES en Cd 2 que contiene expediente administrativo a folio 105

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

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

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia *"(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁴ Sentencia STL3187-2020: *"Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de 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 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. En ese sentido, 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) en criterio de 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) -dice 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 el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró ineficaz el traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A no probó haberle brindado toda la información pertinente del Sistema Pensional en el momento en que la

demandante 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”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 01 de octubre de 2001 a COLFONDOS S.A-, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada ver formulario inicial de afiliación, SIAFP e historial de afiliaciones (folios 92 a 94); y que en criterio de la Corte, el deber de información cumplirse *“con 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”* hechos que no acreditaron los fondos demandados.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, se 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 asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Sin condena en costas de segunda instancia.

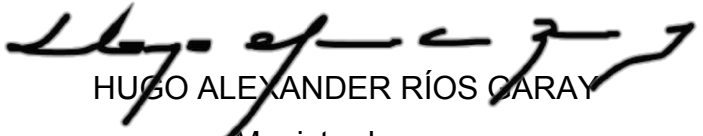
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para declarar que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
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 RICARDO RIVERA DUQUE CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 9 de octubre de 2020 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, RICARDO RIVERA DUQUE presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 25 de abril de 1994, con fundamento en que fue engañado por parte de los promotores de ventas del fondo privado quienes le entregaron una

información parcial y falsa sobre sus aspiraciones pensionales, pues no le informaron sobre el funcionamiento del RAIS, ni realizaron un estudio financiero ni proyección pensional, al contrario, le informaron que en dicho régimen se podía pensionar anticipadamente. Advierte que el 11 de julio de 2019 solicitó su retorno a COLPENSIONES, el cual fue negado. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare la existencia del vicio de consentimiento que indujo en error al actor, se declare la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación y, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes y rendimientos financieros realizados a la AFP con destino a COLPENSIONES (ver demanda en folios 4 a 15 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales, pues le faltan menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para adquirir el derecho pensional y, advirtió que el actor no era beneficiario del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios. Además, indica que no existe ningún vicio de consentimiento y en cualquier eventualidad, la nulidad se habría saneado al ejecutarse de manera voluntaria lo acordado en el contrato. Propuso como excepciones: *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 en folios 54 a 70 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado del demandante al RAIS se hizo de manera consciente y espontánea, sin presiones ni apremios de ninguna naturaleza, además, que contaba con plena capacidad legal para decidir sobre su traslado previo a habersele brindado

información acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes en la época, manifestación de voluntad que se expresó al suscribir el formulario de afiliación. Propuso como excepciones: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe* (ver contestación en folios 75 a 95 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de octubre de 2020, mediante la cual la Juez Diecinueve (19º) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor RICARDO RIVERA DUQUE identificado con la cédula 79.368.443 de Bogotá 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 AFP PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS identificada con el NIT número 800.144.331-3 realizada el 25 de abril de 1994 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante RICARDO RIVERA DUQUE con cédula 79.368.443 de Bogotá al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES del 19 de junio de 1984 hasta la actualidad como si nunca se hubiere trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS identificada con el NIT 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor RICARDO RIVERA DUQUE quien se identifica con la cédula 79.368.443 de Bogotá como son cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y, sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA*

COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. SEXTO: si no es apelada la presente decisión se ORDENA REMITIR el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que allí se SURTA el grado jurisdiccional de CONSULTA” (CD 3, audiencia virtual, minuto 26:28).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP faltó al deber de información pues fue escaso el material probatorio aportado que permitiera demostrar que hubiese brindado una información completa y suficiente al demandante al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen, advirtiendo que no obró constancia de recibo sobre la comunicación que aduce la AFP le emitió al actor para brindarle una asesoría pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia y de forma subsidiaria se revoque la condena impuesta a devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración. Afirma que el demandante tomó la decisión de trasladarse de forma libre y voluntaria, y la AFP cumplió a cabalidad con lo establecido en las normas vigentes para la época del traslado, advirtiendo que el formulario de afiliación era el único soporte legal exigido para esa época. Adicionalmente, aduce que al demandante le resulta más conveniente conservar su afiliación en el RAIS en consideración a la edad, semanas cotizadas e ingreso base de cotización. Finalmente, afirma que los descuentos por gastos de administración están autorizados por mandato legal y que los mismos no se encuentran en poder de la AFP, pues fueron

destinados a la administración de los recursos aportados por el demandante en su cuenta de ahorro individual (CD 3, audiencia virtual, minuto 28:43)¹

¹ “Si su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en los siguientes términos. Señores Magistrados solicito se revoque la sentencia del a quo en consideración en como se ha indicado en el presente caso al momento en que el demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, la Sociedad Administradora de Pensiones, mi representada, cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo a los parámetros establecidos en las normas vigentes para ese momento, en este sentido el demandante recibió la información necesaria, veraz y suficiente para comprender las consecuencias del traslado de régimen pensional, al respecto es preciso indicar que el ordenamiento jurídico vigente para época no exigía documentar la información brindada, bastaba con la firma del formulario de afiliación en el que constara la voluntad del afiliado, por lo tanto, pues se está sometiendo o se está imponiendo a las AFP la carga de demostrar documentalmente la información brindada lo cual es imposible pues sólo se cuenta con el formulario de afiliación que era el único soporte que tenía una obligación legal y este cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema para la fecha, cumple con los presupuestos legales para su validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692. Por lo esbozado pues es preciso que se respete la voluntad de las partes y darle el valor probatorio que merece este formulario de afiliación, pues es la única prueba que muestra el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento, demuestra que la asesoría se brindó y que el traslado de régimen fue informado y por supuesto la voluntad expresa del afiliado. Sumado a que los afiliados son consumidores financieros y por lo tanto el actor debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre este acto jurídico que estaba realizando. No se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran en la ley y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no es excusa de conformidad con el artículo noveno del Código Civil, pues dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento cuando las consecuencias de los traslados pues están claramente determinados en la ley. También señores Magistrados es preciso que se tenga en cuenta que la afiliación ocurrió hace más de veinte años aproximadamente, hecho que sin lugar a dudas pues es relevante en el asunto pues las declaraciones del demandante respecto de la información que recuerda le fue brindada deben ser evaluadas teniendo en cuenta que es más natural no recordar la totalidad de esta información suministrada por los asesores y no que no se haya prestado la debida asesoría. Ahora bien, como lo manifesté en mis alegatos de conclusión, señores Magistrados se debe analizar el caso particular del actor puesto que como se puede demostrar con el interrogatorio rendido pues este manifiesta sus cotizaciones actualmente, estas son por un salario mínimo y que de acuerdo a la historia laboral consolidada del demandante el actor cuenta con 887 semanas, tal vez un poco más, pero lo que es cierto es que aproximadamente le faltan 8 o 9 años para completar las 1.300 semanas exigidas por el régimen de prima media, por lo tanto, debe verificarse y estudiarse la conveniencia teniendo en cuenta las cotizaciones y como indica él pues son por un salario mínimo y es claro que es más conveniente el RAIS ya que al seguir cotizando si obtiene 1150 semanas podrá pensionarse bajo la garantía de pensión mínima o en caso de no completarse las semanas pues también es claro que es más conveniente la devolución de saldos que la indemnización sustitutiva en el régimen de prima media y, pues en caso de confirmar este fallo solicito que no se condene a mi representada a la devolución de gastos destinados a la administración, ello es así porque las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que en este caso cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante mantenía su vinculación con el régimen de ahorro individual, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y ya no se encuentran en poder de mi representada pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones atinentes a obtener un incremento o rentabilidad de esos recursos, no tiene sentido y no le corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas, que en caso de

El apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Manifestó desacuerdo con los argumentos esgrimidos por la Juzgadora, pues el caso debe ser valorado de acuerdo con las normas vigentes para la época en que ocurrió el traslado, en este sentido, la suscripción del formulario de afiliación acredita la aceptación espontánea, libre y voluntaria del actor de trasladarse de régimen pensional. Además, sostiene que en virtud del principio de la relatividad jurídica, COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP, y por ello no puede ser perjudicado con sentencias como la emitida por el a quo, que van en contravía del principio de sostenibilidad financiera. Finalmente, solicita que de ser confirmada la decisión de primera instancia, se debe adicionar a la misma que las obligaciones en cabeza de COLPENSIONES sólo pueden ser cumplidas una vez PORVENIR S.A. reintegre los recursos a dicha entidad y actualice la información del actor (CD 3, audiencia virtual, minuto 33:25)².

la ineficacia de un acto jurídico la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar. Teniendo en cuenta estos argumentos señores Magistrados les solicito revocar esta decisión, muchas gracias”.

² *“Muchas gracias señora Juez, estando dentro de la oportunidad que me permite la ley interpongo el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá en su Sala Laboral, en contra de la decisión que se acaba de adoptar por parte de su despacho el día de hoy el cual sustentaré en los siguientes términos. En primer lugar, manifestándole a los Honorables Magistrados mi reproche en cuanto a que al momento de la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante pues la misma se fundamentó en la falta del deber de información que según la Juzgadora tenía la AFP PROVENIR S.A. al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que pues para mayo de 1994 la realidad del momento pues según la normatividad aplicable para esa época que era la Ley 100 de 1993 la cual decía que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por el demandante en su momento, así mismo, cabe resaltar que para esa fecha de la suscripción y firma del formulario no existía la Ley 1748 del 2014 ni el Decreto 2071 del 2015 con los cuales nace la obligación de la AFP de la doble asesoría a sus afiliados, así las cosas pues el análisis de esa información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación debe ser valorado bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario o de la materialización del traslado que en este asunto no es otra que la Ley 100 de 1993, entonces, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soporte de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento de ese traslado de régimen, pues tal exigencia en virtud al principio de confianza legítima teniendo en cuenta que pues el principio de legalidad y el debido proceso no consisten solamente en la posibilidad de defensa o en la oportunidad de interponer un recurso sino que se exige además como lo expresa el artículo 29 de la Constitución el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, entonces se tiene que si en este asunto ese acto que se juzga es del año 1994 pues esas leyes que gobernaban en esas fechas pues son*

las que se deben tomar en cuenta al momento de esta decisión. Así mismo, Honorables Magistrados pues el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones quien sin haber participado en ese trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de una posible prestación a favor del demandante, esto en base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia el tan importante principio de la relatividad jurídica, esto es entorno a que Colpensiones en este asunto es un tercero y es de recordar que los actos jurídicos en principio tienen solo efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de los mismos solo debe repercutir sobre las partes involucradas por lo cual es de tenerse en cuenta que la entidad a la cual represento pues no puede de ninguna forma ser favorecida pero mucho menos puede ser perjudicada por ese contrato que se celebró entre el demandante y la AFP PORVENIR en su momento. Ahora bien, en cuanto a que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP lo señalado por la Corte en las sentencias referidas por la Juzgadora de primera instancia pues a ese tipo de decisiones encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados contraen exclusivamente con el consentimiento vertido en ese formulario de afiliación para probar el consentimiento y asentimiento del afiliado respecto al traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible. De igual forma, se evidencia una interpretación errónea del artículo 1604 del Código Civil pues la Corte Suprema dentro de la jurisprudencia objeto de análisis en la sentencia invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS y obliga a que toda la carga probatoria recarga exclusivamente en la AFP demandada sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante como se puede notar. Por otra parte, se observa que la señora Juez en la sentencia manifiesta que pues la falta de información también radicaba en que no se le explicaron las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual al demandante, entonces pues debe precisarse que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen están consignadas en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de la promulgación de la misma, por tanto, no es dable alegar esa ignorancia como excusa a voces de lo que prevé el artículo noveno del Código Civil para atribuir a la AFP esa responsabilidad de haber omitido información al respecto. De igual forma Honorables Magistrados y como lo manifestó el demandante en su interrogatorio de parte, al parecer pues una de sus finalidades de ese traslado de régimen sería pues obtener un beneficio o una mejoría en su situación pensional, situación que al parecer no sé si por una equivocada asesoría que ha recibido el demandante no se constituye en este asunto toda vez que pues como lo dijo la misma apoderada de PORVENIR al parecer le convendría más en este asunto en particular al demandante seguir en el RAIS por el tema de las cotizaciones que tiene en la actualidad, los años que le faltarían o las semanas que le faltarían en el régimen de prima media para poder obtener una pensión, la situación de que estar cotizando bajo un salario mínimo entonces sería objeto de análisis también si de pronto o debería analizar el demandante si ha recibido una mala asesoría en este asunto y por ende quiere volver al régimen de prima media sin saber o sin tener en cuenta que el régimen de ahorro individual podría ser más favorable para él en estos momentos. Finalmente y dicho lo anterior pongo en consideración de los Honorables Magistrados que en este asunto pues el accionante nació el 24 de diciembre de 1965, a la fecha cuenta con 55 años de edad y ha permanecido en el RAIS por más de 25 años por lo que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES pues resultaría lesionada con la decisión adoptada por el a quo esto en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005 donde reiteramos que ese artículo segundo de la Ley 797 de 2003 en el cual se hace esa prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener el derecho a la pensión de vejez no es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser y, al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo 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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

legislador de establecer esa prohibición es proteger al fondo común por medio del cual COLPENSIONES usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial, así mismo, debe tenerse en cuenta pues que esos recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema ni siquiera son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se sustenta además con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional como la C 1024 del 2004 y la C 062 del 2010 en las cuales pues se resalta que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada consiste en evitar esa descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media que se produciría si permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y 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 reajustes económicos, pudiesen trasladarse de régimen cuando estuviesen próximas al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Ahora bien, en caso de llegarse a confirmar la decisión por parte del Honorable Tribunal pues ruego se mantenga esa condena impuesta a la AFP PORVENIR en el entendido que debe reintegrar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros y aportes recibidos en la cuenta individual, cuotas abonadas al fondo general de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales y en fin, todas las sumas recibidas a favor del aquí demandante. De igual forma, le solicito a los Honorables Magistrados que se adicione en la sentencia la condición de que esa condena impuesta a COLPENSIONES con una obligación de hacer a favor del demandante esto es, recibirlo y activarlo como afiliado actualizar su historia laboral entre otras, sólo se podrán hacer efectivas una vez cumplidas las obligaciones impuestas a PORVENIR toda vez que pues COLPENSIONES no puede dar cumplimiento a esa sentencia hasta tanto la AFP reintegre los recursos a mi representada y actualice la información del demandante en las respectivas bases de datos, con lo anterior dejo sustentado mi recurso reiterando a los Honorables Magistrados revoque la decisión proferida el día de hoy y en consecuencia absuelva a mi representada de las pretensiones en su contra, muchas gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 28 años de edad y había cotizado 318.86 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 2 meses y 12 días)⁴, y para la fecha

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en CD 1 a folio 31 del expediente.

⁴ Ibídem.

de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver folios 1 y 16 del expediente).

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

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”.*

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*. En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»"*. Además –dice la Corte- (ii) *"Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *"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) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para el efecto es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen*

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que el demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que solo le dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que era importante escoger el fondo de pensiones al cual afiliarse (CD 2 audiencia virtual, minuto 30:18), por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. Para esa Corporación los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues 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”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motido de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos

pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, porque así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (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 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).

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para declarar que bien puede dicha entidad obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional 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; y conociendo la apelación que propuso se negará la socilitud de adición pues en este proceso no se está condeando a COLPENSIONES a reconocer prestación alguna, se le ordena como obligación de hacer, que *reciba* al actor como afiliado y *reciba* la devolución de todos los aportes que debe entregar PORVENIR, pues esa es la consecuencia de la ineficacia declarada.

Costas en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

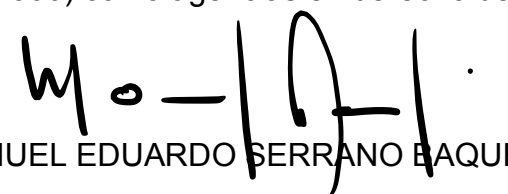
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ MARINA PERALTA CORTES CONTRA
CORPORACIÓN COLOMBIA INTERNACIONAL CCI.**

Bogotá D. C., Dieciocho (18) días de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de octubre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

El Tribunal conforme lo acordado en Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente SENTENCIA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ MARINA PERALTA CORTES presentó demanda contra CORPORACIÓN COLOMBIA INTERNACIONAL CCI, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 5 de diciembre de 2011 y el 26 de enero de 2017 que terminó por decisión unilateral de la empresa, y se condene a pagar el último mes de salario, aportes a seguridad social, prestaciones sociales vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por no pago de prestaciones al terminar el contrato, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que se vinculó con la demandada el 5 de diciembre de 2011, mediante contrato de prestación de servicios, desempeñó las siguientes funciones: en el área de tesorería para el proyecto Bancarización ola invernol con sueldo de \$6.000.000, contrato que se extendió en el tiempo con prórrogas y adiciones hasta el 8 de septiembre de 2012; el 10 de septiembre de 2012 suscribió contrato de trabajo de término fijo inferior a un año con vencimiento el 21 de diciembre de 2012 que se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2013; posteriormente suscribió contrato de trabajo a término indefinido con fecha de ingreso el 13 de enero de 2014 que se modificó a contrato de prestación de servicios desde el 14 de julio hasta el 31 de diciembre de 2014, y cambió nuevamente a contrato de trabajo a término fijo desde el 12 de enero de 2016 hasta el 30 de junio de 2016; el 14 de noviembre de 2016 suscribió orden de prestación de servicios hasta el 19 de diciembre de 2016, y contrato de prestación de servicios desde el 30 de diciembre de 2016 hasta el 31 de marzo de 2017, pero solo laboró hasta el 26 de enero de 2017 pues la demandada suspendió dicho contrato.

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la CORPORACIÓN COLOMBIA INTERNACIONAL CCI, mediante apoderada, quien se opuso a las pretensiones afirmando que entre la empresa y la demandante existieron varias relaciones contractuales, autónomas e independientes para proyectos diferente, con distintos objetos y actividades, y con interrupciones entre una y otra. Cuando se requirió subordinación se suscribieron contratos de trabajo y se pagaron todas las acreencias establecidas en la ley. Respecto al despido injusto manifiesta que las diferentes relaciones contractuales finalizaron por razones diferentes y legalmente autorizadas por la ley o por el contrato, sin que en ninguna de ellas existiera decisión unilateral. Propuso como excepciones previa la de *prescripción y de fondo las denominadas: buena fe por parte de la demandada, pago, prescripción, inexistencia de la obligación, con ocasión de su extinción por el pago, y cobro de lo no debido, relaciones jurídicas autónomas y diferentes, solución de continuidad, inexistencia de la*

indemnización moratoria Art. 65 CST, inexistencia de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios, sanciones no concurrentes, inexistencia de obligación y reintegro de valores aportados a pensión (folios 78 a 122).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de octubre de 2020, mediante la cual ABSOLVIÓ a la corporación CCI de todas las pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión, encontró desvirtuada subordinación durante las épocas en que la demandante desarrolló labores mediante contrato de prestación de servicios, y probada discontinuidad en las labores. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación con ocasión de su extinción por el pago y cobro de lo no debido, relaciones jurídicas autónomas diferentes, solución de continuidad propuestas por la demanda. SEGUNDO: NEGAR las pretensiones incoadas por la señora LUZ MARINA PERALTA CORTÉS en contra de la CORPORACIÓN INTERNACIONAL CCI. TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante y en favor de la demandada, liquídense con la suma de \$400.000 como agencias en derecho. CUARTO: consulte esta decisión con el Superior en caso de no ser apelada por ser adversa a los intereses de la demandante.”* (Cd 4 Minuto 28:46).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la demandante afirma que la sentencia no valoró en debida forma las pruebas allegadas que demuestran la existencia de un contrato de trabajo¹.

¹ *“Señora juez interpongo recurso de apelación. Con el debido respeto apeló la presente decisión emitida por usted señora juez María Fernanda Ulloa Rangel, juez 21 laboral del circuito, toda vez que no se valoraron en debida forma las pruebas aportadas al proceso, cómo son los diferentes tipos de contratos que camuflan la relación laboral entre la señora Luz Marina y la Corporación internacional cci, porque ella cumplía los elementos, ella cumplía siempre los elementos esenciales del contrato laboral y aún más ella siempre realizó las mismas funciones, están estipuladas en los contratos de prestación de servicios y los contratos de relación laboral. Si analizamos estas funciones detalladamente, podemos evidenciar que siempre fueron las mismas, que lo único que cambiaba como usted mismo digo, era el nuevo proyecto por ejecutar. Cabe recordar las funciones de la señora Luz Marina, que siempre ella*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST. El artículo 22 del CST define el 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 artículo 23 dispone como elementos esenciales de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

archivo documentos y soportes contables de los diferentes contratos, para el proyecto Ola Blanca, para el proyecto bancarización, oferta agropecuaria, Limón tai ti, otra función era fotocopiado de los documentos que soportaban las diferentes ejecuciones, elaborar recibos de caja menor, factura de venta, pero esto lo hacía siempre en todos los proyectos, apoyo en registro de legalizaciones cómo apertura de cuentas y demás funciones asignadas; además, trasladaba documentos internos dentro de la Corporación. En cuanto a la prueba de los testigos Esperanza Jiménez y Jenny Rodríguez, no se valoró, también a ellas les constan que laboró en la empresa y que siempre cumplió horario en todos los contratos, en los contratos me refiero también en los contratos de prestación de servicios, que recibió órdenes de María Isabel poveda, Henry Ozuna y es lógico que también recibió remuneraciones por sus servicios. En una respuesta dada por el representante legal Omar Edison Solano, no se valoró la precisión o la razón por que realizaron diferentes tipos de contratos, si el objeto contractual fue el mismo; de igual forma las funciones fueron las mismas, como dije anteriormente, sólo cambiaba el proyecto y nótese que la señora Luz Marina siempre realizó en el área financiera las mismas funciones, en todos está si observa más detenidamente archvar, archivar, fotocopiar, elaborar apoyo y traslados en la misma área. Por otro lado en otra respuesta dada por el representante legal Omar Solano, no se valoró que la señora Luz Marina nunca recibió un llamado de atención, él no se refirió específicamente en cuáles contratos, yo lo entendí que general o lo entendimos que en todos los contratos nunca se le hizo un llamado de atención, tampoco memorando, y que en general fue una persona responsable y cumplido eficaz y juiciosa con sus labores; esto significa que no hay coherencia porque le terminaron el último contrato de prestación de servicios sin justa causa, no hay una respuesta coherente a esta situación que sucedió, además de que él representante legal afirma que ella se retiró y abandonó el cargo cuando esto no fue cierto, ella nunca se retiró porque ella afirma que necesitaba de manera especial el trabajo, ella necesitaba sostener a su hijo, sostener su casa, y ella por sus gastos no podía dejar su trabajo de ninguna manera, por eso se esforzaba día a día y tampoco cuando dijeron que ella no reclamó por medio de cuenta de cobro el tiempo laborado, ella si reclamo y está en el expediente en el derecho de petición y está aportada al expediente, este derecho de petición está aportado con una cuenta de cobro a la Corporación. para concluir señora Juez, no se valoró la carta que invita a la señora Luz Marina Peralta a pertenecer a la familia Corporación Colombia Internacional CCI, y luego sin explicación alguna y sin justa causa, le dan por terminado un contrato a término indefinido, no es razonable esta carta de ningún índole o de ningún análisis que se le puede hacer no es razonable, no se entiende por qué le hacen esto a los empleados una empresa tan prestigiosa de ilusionar o de jugar con las ilusiones de los trabajadores. Gracias.

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

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por un contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal se presume que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir, se entiende que se prestó de manera subordinada, y corresponderá al demandado desvirtuar este elemento para lo cual tiene la carga de aportar pruebas pertinentes y suficientes de las cuales pueda concluir el juez que el servicio se desarrolló con *autonomía técnica y directiva*.

Con base en las anteriores reglas normativas, y una vez revisada la evidencia que se acopió en el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia pues durante los tiempos en que se ejecutaban los contratos civiles de prestación de servicios, por breves lapsos, estos se prestaron de forma discontinua y con autonomía de la demandante en cuanto a *tiempo y modo*.

Como pruebas útiles para llegar a la conclusión anunciada, se allegaron los siguientes documentos: (i) Orden de servicio No. 1009 cuyo objeto consistió en prestar apoyo al proyecto de bancarización (Ola banca) en el área de Tesorería con duración inicial de 23 días que se extendió por 3 días más; (ii) Orden de servicio No. 0029–2012 del Convenio Bancarización. Objeto: el contratista se obliga a apoyar el área financiera para el proyecto Ola Banca con duración de 9 días y el objeto de apoyar el control de anticipos, revisar facturas y cuentas de cobro del proyecto, archivo y soporte de documentos (Folios 22 y 138); Orden de servicios 370–2012, por 10 días para prestar apoyo

en el área financiera para el archivo por diez días contados a partir del 6 de junio de 2012 (Folios 23 y 151); Orden de servicios 597-2012 cuyo objeto consistió en brindar el apoyo en el área contable para el archivo y fotocopiado de los documentos que soportan la ejecución del proyecto Oferta Agropecuaria 2012 con duración de 11 días contados a partir del 3 de julio de 2012 (folios 24 y 152); Orden de servicios 766-2012 para el apoyo en las actividades administrativas de archivo y fotocopiado de soportes y documentación contable por el término de 6 días contados a partir del 3 de septiembre de 2012 (Folios 26, 156, 166); *contrato de prestación de servicios* para brindar apoyo en el área financiera de la corporación desde el 14 de julio hasta el 31 de diciembre de 2014; y *contrato de prestación de servicios* con duración prevista entre el 30 de diciembre de 2016 hasta el de marzo de 2017 cuya ejecución se suspendió desde el 1 al 15 de enero de 2017 (folio 51).

Sobre la forma como se desarrollaron las relaciones, en dichos lapsos, declaró MARIA ISABEL POVEDA, Tesorera de la Corporación desde el año 2011 a la fecha (Cd 3 Hora 1 Minuto 39:50). Informó que en desarrollo de los contratos de prestación de servicios se vinculaba a la demandante por proyectos en razón a que los convenios tenían un tiempo establecido y un presupuesto, y en esos eventos las actividades se ligaban al objeto del contrato sin sujeción a horarios, ni ordenes de trabajo; dice que la demandante no debía obtener permisos para ausentarse, y que para el pago debía elaborar unos “*entregables*”. Afirmó que cuando la demandante tuvo contrato de trabajo ella fue su jefe inmediato, y cuando la misma se vinculó por prestación de servicios ejerció la supervisión técnica en la forma indicada, y aclaró que hubo tiempos durante los cuales LUZ MARINA PERALTA CORTÉS no prestó servicios a la entidad, y otras mediante contratos de trabajo que se liquidaban y se pagaban las prestaciones sociales. Relató que HENRY OSUNA era el director financiero y que nunca impartió órdenes pues los contratistas son dueños de su tiempo y se rigen por el cumplimiento de actividades específicas.

En el mismo sentido declaró JHON ALEXANDER CARRASCAL GARCÍA, contador de proyectos, (cd 3 Hora 2 minuto 3:26) quien dijo haber conocido a

la demandante desde el año 2013 hasta el 2016 en diferentes proyectos. Relató que en cada contrato había un supervisor, en algunos casos era el director financiero o el coordinador de cada proyecto, a quien la demandante debían entregar productos puntuales, que no tenía horario de trabajo, que las actividades desarrolladas por la demandante consistían en entregas puntuales como escanear, asuntos de gestión documental y temas contables, que tenía autonomía en sus labores, y que se sometía a los lineamientos del proyecto, por ejemplo en el orden y los formatos aclarando que todos tenían claro cuáles eran los productos a entregar.

Dicha versión la corroboró CAMILO SALAMANCA, contador público (cd 3 Hora 2 Minuto 34:36) vinculado a la compañía desde el 2014 a junio de 2017, señaló haber sido compañero de la demandante y que dependiendo del convenio los contrataban algunos mediante contrato de prestación de servicios y otros laborales. Mencionó que en algunos convenios coincidió con la demandante, específicamente en el último, estaban por prestación de servicios y que la actora nunca fue a trabajar y no presentó el desarrollo de las actividades ni cuenta de cobro. Aseguró que siempre dejaban un tiempo para llamarlos a otro contrato, y que podían pasar 15, 20 días o un mes sin que los llamaran, y que los contratos de prestación de servicios dependían de un convenio marco que establecía las obligaciones.

Si bien ESPERANZA JIMÉNEZ HUERTAS ex compañera de trabajo de la demandante (cd 3 minuto 54:59) y YENNY RODRÍGUEZ CANTOR -amiga de la demandante- (cd 3 hora 1 minuto 20:22) afirmaron que las labores se desarrollaron con subordinación, también reconocieron la discontinuidad de las relaciones pactadas bajo contratos de prestación de servicios, y la segunda de ellas fue *“testigo de oídas”* en algunas de las materias que relata. Además, contrastando estos dos testimonios con los que rindieron la personas de quienes se afirma fueron el superior jerárquico de la demandante y por ello le impartieron órdenes, priman los segundos por la especificidad y concreción que resultan necesarias para discernir la diferencia en la ejecución de las

funciones entre las épocas en que se ejecutaba un contrato de trabajo, y las épocas en que se desarrollaban servicios autónomos.

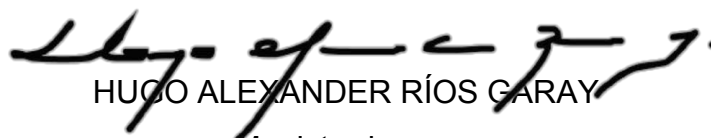
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

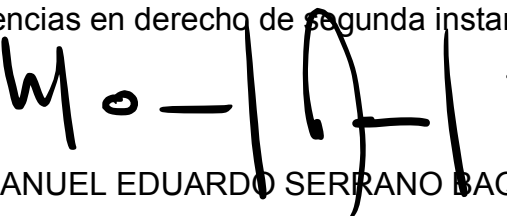
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIEN MIL PESOS MCTE (\$100.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE JIMMY BALLESTEROS
SALAZAR CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**

Bogotá D. C., dieciocho (18) días de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, la sentencia dictada el 22 de octubre de 2020 por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en la cual se **CONDENÓ** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** a pagar pensión restringida de jubilación.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, **JORGE JIMMY BALLESTEROS SALAZAR** presentó demanda contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca pensión restringida de jubilación y las mesadas adicionales de junio y diciembre, con fundamento en lo establecido en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 14 de febrero de 2017, teniendo

en cuenta el último salario promedio mensual actualizado con el IPC. Pide que se ordene el pago de las mesadas adeudadas debidamente indexadas (ver folios 3 a 17 del plenario).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que las resoluciones emitidas por la entidad se ajustan al ordenamiento jurídico, y advirtió que la parte demandante tiene la carga de probar que tiene derecho a la pensión que reclama. Propuso como excepciones de mérito las de *cobro de lo no debido, ausencia de vicios en los actos administrativos demandados, imposibilidad de condena en costas y buena fe* (ver CD 3 expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de octubre de 2020, a través de la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a pagar en favor del demandante pensión restringida de jubilación. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a que reconozca y pague al señor JORGE JIMMY BALLESTEROS SALAZAR, la pensión restringida de jubilación de naturaleza compartida desde el 14 de febrero del 2017 en cuantía inicial de \$1.132.181,18 para el 2017, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, y los reajustes de ley. SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP pagar al señor JORGE JIMMY BALLESTEROS SALAZAR el retroactivo de la pensión de jubilación restringida, de naturaleza compartida, desde el 14 de febrero del 2017 hasta el 13 de febrero de 2019, en cuantía inicial de \$1.132.181,18 para el 2017, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, y los reajustes de ley, el cual asciende a \$33.488.410,73, suma que deberá ser indexada al momento de su pago. TERCERO: CONDENAR a la UGPP a pagar al señor JORGE*

JIMMY BALLESTEROS SALAZAR, el retroactivo pensional correspondiente al mayor valor resultante entre el valor de la pensión de jubilación restringida reconocida en el numeral anterior y la pensión de vejez que actualmente viene percibiendo por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a partir del 14 de febrero de 2019, incluyendo la mesada adicional de junio, en forma indexada al momento en que se efectuó el pago. CUARTO: AUTORIZAR a la UGPP para que descuente del retroactivo de mesadas pensionales, en el porcentaje que en derecho corresponde, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, se fijan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la decisión, REMÍTASE el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral en el grado jurisdiccional de consulta para su cargo” (CD 5, minuto 27:24).

Para tomar su decisión, la juez de primera instancia encontró acreditados los requisitos establecidos en la Ley 171 de 1961 para acceder a la pensión restringida de jubilación, afirmando que la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación del derecho, y que éste se causó antes de la Ley 100 de 1993. Para calcular el IBL tomó el sueldo básico y la prima de antigüedad certificados, suma que fue indexada teniendo en cuenta el IPC vigente en diciembre del año 1990 y el IPC vigente en diciembre del año 2016. Tasó en concreto el retroactivo causado por el demandante entre el 14 de febrero de 2017 y el 13 de febrero de 2019 en la suma de \$33.488.410, y dispuso la compartibilidad de la pensión a cargo de la UGPP con la pensión reconocida al actor por COLPENSIONES, a partir del 14 de febrero de 2019, y el pago del retroactivo pensional en forma indexada.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del demandante su apoderada pide que se modifique el valor de la primera mesada pensional y se estudie la indexación del mayor valor de la

mesada a cargo de la UGPP. Afirma que el demandante devengó como último salario \$217.544 que al indexarlo arroja una primera mesada pensional en cuantía de \$1.608.748, y advirtió que no se pueden aplicar normas diferentes al artículo 8° de la Ley 171 de 1961 para tomar factores salariales pues ello va en contravía del principio de inescindibilidad de las normas, explicado en la sentencia proferida el 21 de mayo de 2014 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente con radicado No. 62194. Además, aduce que la entidad debe indexar mes a mes el mayor valor entre la pensión reconocida por COLPENSIONES y la pensión a cargo de la UGPP hasta el momento en que se efectúe el pago (CD 5, minuto 27:15)¹.

En el recurso de la UGPP su apoderado pide que se revise la aplicación del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, pues considera que el demandante no cumplió los requisitos para acceder al derecho pensional que reclama (CD 5, minuto 32:44)².

¹ “De manera atenta y respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el H. Tribunal Superior del distrito judicial queda laboral, para que en efecto modifique parcialmente la sentencia proferida por el despacho en los siguientes términos. En lo que se hace alusión a la liquidación de la primera mesada pensional a que tiene derecho mi demandante, el señor JORGE JIMMY BALLESTEROS, fue probado con la documental aportado por la demanda y la certificación laboral, expedida por el Ministerio de agricultura y desarrollo rural, que el último promedio salarial devengado por mi demandante fue la suma de \$217.544 pesos, es así que deberíamos aplicar la jurisprudencia y la sentencia, que para el 21 de mayo del 2014, siendo ponente la Dra, Elsy del Pilar Cuello Calderón, en sentencia con radicación 62194, explica el principio de inescindibilidad de la norma y esto es que si la pensión se reconoce a la luz del artículo 8 de la ley 171 de 1961, pues así mismo deberá liquidarse de acuerdo a como se establece en el mismo artículo 8° de la Ley 171 de 1961. Es así, que no deberíamos tener interpretación y aplicación otra norma vigente ni deberíamos remitirnos a otros factores salariales de otras normas vigentes para la época, sino que deberíamos aplicar y liquidar la mesada o pensión restringida de jubilación como se establece en ese artículo 8. Es así entonces, que haciendo uso de la fórmula que se ha expuesto y se ha desarrollado por la sala de casación laboral mi demandante tendría derecho como primera mesada pensional a la suma de \$1.608.748,56. es así entonces que solicito amablemente se modifique parcialmente la sentencia proferida por el a-quo y, igualmente, se estudie la indexación de las mesadas, esto es de las diferencias que existe entre la pensión reconocida entre COLPENSIONES y la UGPP, que se estudie la indexación mes a mes hasta que la UGPP verifique el pago de cada una de ellas, pues así lo ha expuesto la sala de Casación Laboral en el que se ha dicho que el pensionado no debe asumir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en Colombia y entonces, deberá actualizarse de acuerdo al IPC que se encuentre vigente, y así deberá responder la unidad por estas mesadas dejadas de cancelar a mi demandante el señor JORGE JIMMY BALLESTEROS. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias su señoría”.

² “Con mucho respeto interpondré el recurso de apelación ante la sentencia esbozada el día de hoy con los siguientes argumentos, y es solicitando a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá hacer un estudio a profundidad sobre la implementación del artículo 8 de la ley de 171 para este caso, toda vez que para el señor JORGE JIMMY BALLESTEROS no se habría cumplido las condiciones que esta ley regula y exige para el reconocimiento de la pensión. En este orden de ideas solicito revocar en su totalidad esta sentencia. Muchas gracias su señoría”.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que el demandante prestó sus servicios a la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO S.A. entre el 4 de septiembre de 1975 y el 15 de noviembre de 1991 (ver folio 20); (ii) que el retiro del trabajador ocurrió por mutuo acuerdo (ver acta especial de conciliación a folios 22 a 25); (iii) que cumplió 60 años de edad el 14 de febrero de 2017 (ver registro civil de nacimiento a folio 18 y cédula de ciudadanía a folio 19); y, (iv) que COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 160222 del 21 de junio de 2019, le reconoció pensión de vejez a partir del 14 de febrero de 2019, en cuantía inicial de \$831.165, con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 (ver Resolución en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES – CD 2).

Con estos supuestos resulta claro que se causó la *pensión sanción* que reclama en este proceso, pues este derecho nace cuando ocurre la *condición* que las normas legales contemplan para el efecto, y en los términos de la Ley 171 de 1961 dicha condición es la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa o por mutuo acuerdo, si para el momento en que ello ocurre se han prestado servicios por más de 10 o más de 15 años – respectivamente-. La edad en este tipo de pensión es un *término* o plazo dispuesto para el pago de la primera mesada y no una *condición suspensiva* de acceso al derecho.

Por ello causado el derecho a la terminación del contrato de trabajo, no se pueden aplicar para extinguirlo o derogarlo reformas legales o enmiendas constitucionales introducidas al ordenamiento jurídico con posterioridad. De hacerlo se estaría dando a las nuevas reglas un efecto retroactivo, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso bajo estudio, el demandante se retiró de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero previo acuerdo con el empleador a partir del 15 de

noviembre de 1991, fecha para la cual tenía 16 años, 2 meses y 11 días de servicios hecho que acredita la certificación obrante en folio 20 del expediente (aportado por la parte demandante), con lo cual causó la pensión desde el 16 de noviembre de 1991. La primera mesada debe pagarse desde el 14 de febrero de 2017, fecha en la cual el demandante cumplió la edad de 60 años (ver folios 18 y 19).

Se confirmará entonces la sentencia apelada en cuanto ordenó el pago de la prestación a partir de la fecha referida, y en cuanto dispuso que la prestación tiene el carácter de *compartida* con la pensión de vejez que reconoció COLPENSIONES en favor del demandante a partir del 14 de febrero de 2019 (ver resolución SUB 160222 del 21 de junio de 2019 – CD 2), pues así lo ordena el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 al establecer que las pensiones reconocidas en forma *voluntaria* con posterioridad a octubre del año 1985 tienen el carácter de compartidas con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema; y así lo ratifica el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 al advertir para las *pensiones sanción* –en general- el carácter de compartidas³.

También se confirmará el valor de la mesada que tasó la juez de primera instancia, pues una vez efectuadas las operaciones aritméticas que son pertinentes, se obtiene para la primera mesada de pensión sanción en el año 2017 la suma de \$1.132.021, valor que arroja una diferencia de ciento sesenta pesos frente a la mesada definida por el *a-quo* (\$1.132.181,18) que no afecta de forma sustancial el valor de la prestación reconocida, diferencia que se explica en la tabla de IPC que fue utilizada.

Para realizar las operaciones se incluyó en el promedio mensual de los factores salariales devengados en el último año de servicios, a los que refiere

³ Del contenido de esta norma no se puede entender como *compartidas* únicamente las pensiones que se originaron en un despido injusto –como lo estiman algunos intérpretes- pues no tendría sentido lógico alguno que la actuación unilateral y sin justa causa del empleador genere en su favor un beneficio: el carácter de compartida para la pensión que debe reconocer, mientras se sanciona al empleador que previo acuerdo voluntario y conciliado con su trabajador terminó el contrato de trabajo, imponiéndole una consecuencia desfavorable y onerosa: la obligación de asumir el pago total de la prestación.

la Ley 62 de 1985 (sueldo básico y prima de antigüedad), obtenidos del documento que obra en folio 20 del plenario, tomando completa la suma certificada por *sueldo básico* (\$120.567) y la suma certificada como *prima de antigüedad* (\$32.554) los cuales constituyen *factores fijos*⁴, según la certificación aportada por el demandante.

Para responder al recurso que elevó la parte actora, el Tribunal se remite al precedente jurisprudencial establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia. Esa Corporación ha estimado que el salario de liquidación de la pensión sanción *“debe determinarse con relación al que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que, para ese momento, era la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual, dispone en su artículo 1°, que el salario a tener en cuenta es el que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores de este los que se indican en el artículo 3 ibídem, modificado por el canon 1° de la Ley 62 de 1985”*, sin que con ello se vulnere *“el postulado de inescindibilidad”* (ver CSJ SL 3132 de 2020, M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA, decisión que cita las sentencias SL 2748 de 2018 y SL 2160 de 2019).

Como el demandante laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero durante 16 años, 2 meses y 11 días, es decir 5831 días, el porcentaje de liquidación es de 60.74%, que se aplica sobre el ingreso base indexado con la fórmula matemática que según criterios técnicos reconocidos universalmente es la más adecuada para llevarlo a valor presente. En ella el valor presente se

⁴ La prima de antigüedad regulada en los Decretos 540 de 1977 y 1042 de 1978, es parte del salario que percibían los empleados públicos. *“La prima de antigüedad no es una prestación, sino que hace parte del salario... Tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina han considerado siempre como salario la prima de antigüedad. Dicha prima de antigüedad es un incremento salarial que se origina en la permanencia del empleado en el servicio y gracias a ella la remuneración mensual se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos, según el tiempo de esa permanencia”* (sentencia del 25 de marzo de 1992, M.P. CLARA FORERO DE CASTRO, citado en el Concepto 190261 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública).

define multiplicando el valor histórico (Rh), que es el salario mensual recibido por la suma que resulta de dividir el ÍNDICE FINAL de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en diciembre de la anualidad anterior a la fecha en que se hizo exigible la pensión) por el ÍNDICE INICIAL (vigente en la anualidad anterior a la fecha en que terminó la relación de trabajo), como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia (sentencia SL 6916 del 2019).

Conforme al certificado laboral de folio 20, el salario promedio devengado para efectos pensionales en el último año de servicios y suma a actualizar es \$153.121 que se multiplica por el resultado de dividir el índice de precios vigente en diciembre de 2016 (133.40) entre el índice de precios vigente en diciembre 1990 (10.96). De tal operación se obtiene un salario actualizado de \$1.863.717. A este valor se aplica el porcentaje de 60.74% lo que arroja como resultado la suma de \$1.132.021, que es el valor de la primera mesada de pensión de jubilación restringida para el 14 de febrero del año 2017.

La pensión se debe pagar en 14 mesadas pues se causó el 15 de noviembre de 1991 antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14. Cabe advertir que sobre ninguna de las mesadas operó la prescripción, pues dicho término se interrumpió con la reclamación administrativa elevada el 22 de agosto de 2019 (ver folios 27 a 33), y la demanda se presentó el 15 de noviembre del mismo año (folio 34).

No obstante, el Tribunal debe -en consulta- modificar la condena específica que tasó la sentencia de primera instancia como retroactivo pensional causado entre el 14 de febrero de 2017 y el 13 de febrero de 2019 (un día antes del reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES), pues efectuadas las operaciones aritméticas se obtiene un valor inferior (\$32.431.726) al definido por el *a-quo* (\$33.488.410).

A partir del 14 de febrero de 2019, le corresponde a la UGPP pagar únicamente el mayor valor entre la pensión sanción que aquí se reconoce y la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES en cuantía de \$831.165 a partir de dicha data, tal como lo concluyó la juez de primera instancia.

RETROACTIVO PENSIONAL

RETROACTIVO CAUSADO ENTRE EL 14 DE FEBRERO DE 2017 HASTA EL 13 DE FEBRERO DE 2019			
AÑO	N° MESADAS	VALOR MESADA	TOTAL
2017	12 MESADAS + PROPORCIÓN DE LA MESADA DE FEBRERO	\$ 1.132.182	\$ 14.190.012
2018	14	\$ 1.178.488	\$ 16.498.832
2019	1 MESADA + PROPORCIÓN DE LA MESADA DE FEBRERO	\$ 1.215.964	\$ 1.742.882
		TOTAL	\$ 32.431.726

Además se ordenará la indexación de las condenas dictadas, para traer a valor presente las sumas de dinero que se debieron pagar en el pasado, con la formula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante mes a mes (es decir cada mesada de pensión o mayor valor de pensión), por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que se efectúe el pago, por el índice inicial vigente para la fecha en que cada pago se debió hacer.

Sin condena en COSTAS de segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para definir que el retroactivo pensional causado entre el 14 de febrero de 2017 y el 13 de febrero de 2019, asciende a la suma de \$32.431.726.
2. **ADICIONAR** los numerales SEGUNDO y TERCERO para establecer que la indexación de las mesadas adeudadas se debe efectuar conforme la fórmula definida en la parte motiva de esta sentencia.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

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 MARIA DONEIRA MANRIQUE RIVERA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por ambas demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 9 de octubre de 2020 por la Juez Veintidos (22) 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, MARIA DONEIRA MANRIQUE RIVERA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 18 de noviembre de 1999, con fundamento en que la decisión de

trasladarse de régimen pensional no estuvo precedida de una comprensión suficiente ni del consentimiento para adoptarla, toda vez que el fondo privado no le informó sobre las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RAIS, ni sobre la diferencia en la distribución de las cotizaciones entre un régimen y el otro, ni sobre la posibilidad de regresar al RPM dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003. Advierte que el 10 de julio de 2018 solicitó su retorno al ISS hoy Colpensiones, el cual fue negado. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, se declare que la única afiliación válida fue la efectuada al ISS hoy Colpensiones, se ordene el traslado del monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual y, en consecuencia, se reconozca a su favor la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, junto con el retroactivo pensional a que haya lugar, sus respectivos reajustes y, los intereses moratorios que se generen (ver demanda en folios 41 a 52 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS pues el traslado se hizo de manera voluntaria. Advierte que no ocurrieron vicios en el consentimiento y, en cualquier eventualidad, la nulidad se habría saneado al ejecutarse de manera voluntaria lo acordado en el contrato. Señala que la actora no era beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios, por lo que no puede retornar al RPM en cualquier tiempo. Finalmente, frente al reconocimiento de la pensión de vejez indica que la actora no cuenta con el requisito de las semanas para ser beneficiaria de dicha prestación y, que acceder a las pretensiones de la demanda afectaría el principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional. Propuso como excepciones: *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, no configuración del derecho al pago de intereses*

moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (ver contestación en folios 54 a 76)

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se trasladó de régimen pensional de manera libre, espontánea y consciente, previa información brindada acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes en la época y los lineamientos establecidos por la Superintendencia Financiera, manifestación de voluntad que se expresó al suscribir el formulario de afiliación. Señala que no es posible aplicar el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, pues no se trata de un caso análogo a los estudiados por esa Corporación. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (ver contestación en folios 88 a 102 del expediente).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de octubre de 2020, mediante la cual la Juez Veintidós (22) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por MARÍA DONEIRA MANRIQUE RIVERA identificada con la cédula de ciudadanía número 23.741.359 al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 18 de noviembre de 1999 conforme a la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. fondo en el que se encuentra afiliada la demandante a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora conforme quedó explicado precedentemente. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones*

propuestas por las demandadas de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 smlmv. QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra. SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión CONSÚLTESE a favor de COLPENSIONES ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral” (audiencia virtual, minuto 55:33).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP no presentó prueba de que hubiese brindado una información completa y suficiente a la demandante al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen, ni sobre las capacitaciones que se le dieron a los asesores, previo a ser contratados. Advirtiendo además, que la firma de dicho formulario no es suficiente para dar por demostrado el deber de información a cargo de la AFP. Respecto del reconocimiento de la pensión y el retroactivo pensional a cargo de COLPENSIONES, se abstuvo de pronunciarse sobre tales pretensiones en razón a que primero debía estar ejecutoriada la sentencia y operar el traslado, pues no se podía conocer con certeza los rendimientos financieros y en consecuencia dictar una sentencia concreta.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de la parte demandante y de ambas demandadas.

La apoderada de la parte demandante pide que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y el retroactivo pensional, con fundamento en que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, es posible realizar un pronunciamiento válido sobre dichas pretensiones pues de allí puede

advertirse el número de semanas cotizadas y el cumplimiento de la edad requerida para pensionarse en el RPM (audiencia virtual, minuto 57:07)¹

El apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia de primera instancia y de forma subsidiaria se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración y los rendimientos financieros. Afirma que no es posible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por no tratarse de situaciones fácticas análogas. Indica que al momento del traslado de régimen no se generó a la actora perjuicio alguno en su situación pensional, y en todo caso, no se acreditó la existencia de mala fe por parte de la AFP, y lo que advierte del interrogatorio de parte es la falta del deber objetivo de cuidado de la actora y que ella tenía conocimiento sobre las características del RAIS. Además, considera que los descuentos por concepto de gastos de administración se encuentran autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que estos permiten realizar la administración de los aportes y el cubrimiento a las contingencias de invalidez y sobrevivencia. Finalmente, señala que no puede entenderse la devolución de los rendimientos financieros como restituciones mutuas del artículo 1746 del Código Civil, pues dada la naturaleza propia de la ineficacia se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante (audiencia virtual, minuto 59:12)²

¹ “Gracias su señoría, sea esta la oportunidad legal para interponer recurso de apelación para que la Sala Laboral del Tribunal se pronuncie frente a la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de la pensión junto con el retroactivo y los intereses, teniendo en cuenta que el argumento emitido por el a quo respecto de la ausencia de seguridad jurídica la que se abstiene en pronunciarse frente a esta pretensión no es de recibo teniendo en cuenta su señoría que al declarar la ineficacia del traslado básicamente la persona, el afiliado, se entiende como si hubiese estado siempre en el régimen de prima media y no hubiera producido efectos jurídicos esa afiliación y, de igual forma, pues se observa al interior de las pruebas dentro del proceso que se encuentra la historia laboral válida para el reconocimiento de las prestaciones en donde puede advertirse el número de las semanas que tiene cotizadas a la fecha de radicación mi representada y del documento de identidad se observa el cumplimiento de la edad requerida en el régimen de prima media, requisitos de los cuales se puede colegir y se puede pronunciar válidamente la Juez sobre la pretensión, en esos términos su señoría dejo presentado el recurso de apelación para que sea estudiado por la Sala Laboral del Tribunal teniendo en cuenta que en efecto si se puede pronunciar y condenar al pago de la pensión así sea sin calcular el valor de la mesada si es temor del a quo hacerlo, en estos términos dejo presentado el recurso su señoría”.

² “Gracias su señoría, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho teniendo como criterio motivacional considerar declarar la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante la situación de que mi representada faltó al deber de información al momento en que se efectuó ese acto jurídico y,

se tiene como criterio argumentativo principal la línea jurisprudencial en sede de casación por la Corte Suprema de Justicia, frente a tal situación vale precisar que adoptar la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no solamente es suficiente que se refiera a situaciones fácticas a situaciones de la misma pretensión, esto es, hablar de la nulidad o la ineficacia del traslado, hace falta y es primordial al respecto considerar las situaciones fácticas de cada caso para determinar si estamos frente a una doctrina legal probable al respecto y, en ese sentido si se puede precisar la línea jurisprudencial teniendo en cuenta que la jurisprudencia emitida o emitida y aplicada al caso hace referencia a personas que desde un aspecto fáctico siguen siendo beneficiarias del régimen de transición así sea por edad, propio es considerar que no se ajusta al caso concreto de la demandante situación que permite concluir que no estamos frente a una situación o frente a una línea pacífica y reiterada. Teniendo en cuenta tal situación véase que los supuestos fácticos de la demandante al momento que se trasladó de régimen pensional no permitían concluir que se le haya generado un perjuicio frente a su situación pensional, propio es porque dentro del año o en el año 1999 no contaba con ninguna expectativa frente a su situación pensional y su adopción y suscripción del formulario de afiliación y aceptación del régimen de ahorro individual frente a las implicaciones propias del mismo, irían configurando con el lapso del tiempo como ocurrió su situación pensional. Condenar a mi representada frente al deber de información frente a lo motivado en el fallo se ajustó respecto a las capacitaciones, hoja de vida, experticia y demás situaciones propias del asesor que en su momento le suministró una información al afiliado, véase que dentro del criterio argumentativo de la falladora de primera instancia se parte de la mala fe de la administradora y la mala fe desde un aspecto jurídico incluso más judicial debe probarse en este caso por quien lo invoca, propiamente la parte demandante, es decir, el principio constitucional de la buena fe y más aún frente las administradoras de pensiones que si bien tiene una naturaleza respecto a un régimen privado cumple unas funciones públicas para la seguridad social, se está dejando o se está partiendo de una mala fe frente a que no contaba con una experticia el asesor, frente a que no se allegó por parte de mi representada los medios probatorios que en su momento ni siquiera fueron solicitados por la parte demandante ni fueron requeridos para el despacho para considerar que se faltó a esa capacitación del asesor comercial, la Superintendencia Financiera que es el ente de vigilancia y control de las administradoras de pensiones bien supervisa ese tipo de situaciones y en ningún momento mi representada ha recibido o se le ha impetrado ningún tipo de sanción respecto a esa capacitación o a esa experticia que representan los asesores. Frente a considerar que la diferencia de la mesada pensional es un criterio primordial para determinar que Porvenir faltó al deber de información al momento de trasladarse de régimen la demandante, se está partiendo propiamente de que se podía desde un supuesto configurar desde el momento del traslado el posible monto de la mesada pensional del afiliado y eso es totalmente imposible por parte del asesor, propiamente porque la configuración de la mesada pensional dentro del régimen de ahorro individual se tasa frente a criterios diferentes que lo es en el régimen de prima media y eso va a depender en el caso particular frente a los aportes ya sean voluntarios u obligatorios, la constancia de los mismos, los beneficiarios reportados al fondo de pensiones, los rendimientos que genere esa cuenta de ahorro individual dependiendo de la tasa de reemplazo propia del fondo de pensiones, del mercado propiamente, es decir, una serie de factores que en su momento del traslado de régimen se desconoce por parte del asesor y, considerar que la diferencia de esa mesada pensional se le atribuya o se le responsabilice la administradora propiamente se está dejando implícitamente de lado las características que fueron propias centradas a cada uno de los regímenes pensionales. Dentro del interrogatorio de parte si es claro tener en cuenta que no se analizó que la demandante conocía características propias del régimen de ahorro individual que le fueron informadas y que ninguna de ellas se puede ver como un criterio desinformativo propiamente, porque son posibles lograrlas y alcanzarlas dentro del régimen de ahorro individual. También se dejó de lado la falta del deber objetivo de cuidado de la demandante al momento de ... la decisión del traslado de régimen bajo ese entendido y bajo esos supuestos propiamente lo que tiene que ver con el deber de información. Por otro lado, respecto a la condena de mi representada a los gastos de administración se desconoció la naturaleza propia que la misma Ley 100 en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 facultó a las administradoras del régimen de ahorro individual para generar estos cobros por gastos de administración, que no solamente eran respecto a valga la redundancia, la administración que realizaba esos

El apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia de primera instancia en lo atinente a la ineficacia del traslado y, para ello, solicita sea tenida en cuenta la conducta omisiva de la actora en cuanto al cumplimiento de los deberes del consumidor financiero. Además, afirma que no es dable el reconocimiento de la pensión de vejez pues la demandante no se encontraba afiliada al RPM y, en caso de accederse a dicha pretensión, pide que se asigne un plazo de diez meses para que sea reconocida por COLPENSIONES de acuerdo con la Ley de Presupuesto del 2019 (audiencia virtual, hora 1 minuto 8:39)³.

aportes la AFP, sino el pago de primas de seguros que durante todo este lapso de tiempo la demandante se vio cobijada frente a contingencias de invalidez y de sobrevivencia, es decir, hubo un contrato, hubo un cubrimiento respecto a las contingencias anteriormente descritas que configuraban de que si se causaban los requisitos propios para el reconocimiento de una pensión de invalidez, una pensión de sobrevivencia, la demandante fuese beneficiaria, propio es de un contrato de aseguramiento, se desconoce tal situación pese a que mi representada no es quien tiene esos aportes, mi representada frente a lo mismo suscribe unas pólizas propias con las aseguradoras y lo mismo llevaría a una afectación directa a su patrimonio consecuencia de que no tiene sentido frente a que Porvenir al momento del traslado de régimen no generó un perjuicio como anteriormente se argumentó frente a la decisión adoptada por la demandante. Bajo estos supuestos y entendiendo véase propiamente la naturaleza de la ineficacia no habrían ningún argumento frente a un criterio civil o comercial que es propio de la ineficacia considerar la devolución de los rendimientos financieros propiamente porque generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante que se vio beneficiada de los mismos por pertenecer al régimen de ahorro individual y que nada se tiene en cuenta respecto a las restituciones mutuas que consagra el artículo 1746 del Código Civil respecto de los mismos frente a los argumentos que anteriormente esboqué conforme a los gastos de administración. Por los anteriores argumentos solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se tengan en cuenta los mismos para revocar la decisión emitida por el despacho y en su lugar absolver a mi representada de las condenas impuestas, gracias su señoría”.

³ “Gracias su señoría, estando en la oportunidad para ello me permito interponer el respectivo recurso de apelación contra la providencia que se acaba de proferir la cual me permito sustentar bajo los siguientes argumentos, haré unas breves citas textuales de jurisprudencia reciente en la Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral en algunas Salas que definen estos casos de similares circunstancias bajo otros argumentos y que avala la tesis que vengo exponiendo, viene exponiendo la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones lo cual empezaré por una cita realizada o dada por una sentencia del Honorable Magistrado David Correa Steer del pasado 30 de julio del 2020 dentro del proceso del Juzgado 19 2018 445, donde manifestó ‘lo anterior sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario unificado en nuestro órgano de cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que su elección dependerá su futuro pensional, aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte el demandante fue negligente frente a este aspecto que decidió voluntariamente cambiarse de régimen contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente al régimen en los términos dispuestos de la ley 797 del año 2003 antes de que le faltaran diez años o menos para arribar a la edad mínima pensional’ esto para hacer valedero tal como este apoderado le hizo las preguntas encaminadas a los deberes del

consumidor financiero en las cuales la demandante manifestó que no por falta de tiempo, no se había realizado la respectiva cumplimiento de su deber que consagra el respectivo estatuto para que el Honorable Tribunal tenga en cuenta estos aspectos tal como lo manifiesta la Honorable Corte Suprema en la aclaración de voto del Doctor Rigoberto Echeverri Bueno. Igualmente haré una cita del Honorable Magistrado Lorenzo Torres Russi dentro del proceso del Juzgado 12 2017 641 del pasado 13 de agosto de 2020 en donde manifestó lo siguiente, 'bajo las anteriores premisas y con fundamento en los pronunciamientos citados resulta sustentado afirmar en síntesis que la afiliación al Sistema General de Pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el régimen de prima media y para el régimen de ahorro individual con solidaridad, que la afiliación no tiene una naturaleza contractual, que la elección debe ser libre y voluntaria, que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten, que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional, que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible, que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación, que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo en una cuantía determinada a las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa, que las condiciones de afiliación a un régimen son un asunto de orden legal y no constitucional' al unirse en la misma línea en sentencia de la Honorable Magistrada Rina Escobar Barbosa del 31 de Julio del 2020 dentro del proceso del Juzgado 22 2018 702 la Honorable Magistrada manifestó lo siguiente, 'se consulta entonces esta colegiatura cuáles fueron esas consecuencias que se anunciaron como no advertidas a la demandante ora las desventajas de trasladarse a un régimen si se insiste se encontraba en plena formación el derecho a pensionarse, ¿será prudente suponer que el trabajador que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que este sería superior, que nunca tendría hijos o si conformaría un matrimonio o una unión marital de hecho?, pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque pensar ello así sería autorizar a los Juzgadores a que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso', en atención a las anteriores citas ruego al Honorable Tribunal tenga en cuenta esto y sobre todo el tema en que algunas Salas han manifestado que el precedente de la Honorable Corte Suprema de Justicia rompió el principio de inescindibilidad de la norma pues cogió diferentes normas de diferentes Código Civil, de la Ley 100, del Código Sustantivo del Trabajo, para edificar este precedente en favor de los afiliados que no cumplieron con su deber como consumidor financiero tal como lo manifiesta el Honorable Magistrado David Steer se disminuyó la capacidad, se puso a los afiliados al Sistema General de Pensiones en un estado de incapacidad absoluta para contratar, máxime si se tiene en cuenta que estos temas son complejos y así se haya presentado una debida asesoría como lo requiere el precedente de la Honorable Corte el mismo no hubiera sido entendido en su oportunidad y se está instando a la contraparte como Administradora Colombiana de Pensiones y a los fondos privados que soportarlo de manera documental para arribar a una debida asesoría, así no hayan entendido lo que se le haya entregado documentalmente, teniendo en cuenta esto ruego al Honorable Tribunal tenga en cuenta estos aspectos. Ahora bien, en caso de condenarse o modificarse la sentencia en cuanto a reconocer la mesada pensional ruego que este aspecto sí se mantenga incólume tal como lo manifestó la Honorable Jueza pues no es posible o no es dable que mi representada entre a reconocer una mesada pensional cuando la misma no se encontraba afiliada con lo cual estaríamos frente a una pretensión anticipada y más allá de eso en caso de considerar el Tribunal que existe derecho a que se le reconozca esta mesada ruego que la misma se condicione a la luz de la reciente ley 2008 del año 2019, diciembre de 2019, la denominada ley de presupuesto que en su artículo 98 estipuló 'La Nación, las entidades territoriales o cualquier entidad de orden central o descentralizado por servicios, condenas judicialmente al pago de sumas de dinero consecuencia del reconocimiento de una prestación del sistema de seguridad social integral pagarán dichas sumas a cargo de los recursos de seguridad social en un plazo máximo de diez meses contados a partir de la fecha de ejecución de la sentencia de conformidad con el artículo 607 de la Ley 1564 del 2012', por lo cual en caso que el Tribunal considere que si se debe reconocer por parte de mi representada una mesada pensional, se condicione al plazo de diez meses contados desde la fecha 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 vigencia 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

ejecutoria de la sentencia, hecho que sería más gravoso para la demandante por lo cual considera este apoderado judicial que sería mejor si llegaran a confirmar se confirmara a unísono, sin embargo, reitero en mi recurso de apelación se revoque lo atinente a la ineficacia del traslado, muchas gracias su señoría para que sea concedido el mismo”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 39 años de edad y había cotizado 686 semanas⁴, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 8 años, 7 meses y 26 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver folios 3 y 54 del expediente).

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 de

⁴ Ver historia laboral obrante en folios 9 a 12 del expediente y adicionalmente en el expediente administrativo – CD 1.

⁵ *Ibídem*.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6 7}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

en 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. En ese sentido, 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) en criterio de 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) en palabras de 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 el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento

de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que le dijeron que el Seguro Social se había acabado, que las pensiones se tenían que pasar a PORVENIR S.A. porque no había otro fondo y que este era igual que el ISS pero con más beneficios, que se podía pensionar antes de la fecha y se le podía entregar la plata cuando quisiera reclamarla. (audiencia virtual, minuto 13:10), por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. Para esa Corporación los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues 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”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, sin poder efectuar deducción alguna por concepto de gastos de administración y/o pólizas que se hayan contratado durante la afiliación, pues así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte en el precedente que se está siguiendo (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).

Igualmente se confirmará la decisión apelada en cuanto se abstuvo de ordenar el pago de la pensión. COLPENSIONES tendrá a su cargo la obligación pensional del demandante cuando se haga efectiva la anulación del traslado e ingresen los aportes y recursos que la financiarán, pues no se le puede endilgar ninguna responsabilidad por las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encuentra cometidas por los Fondos de Pensiones. Cuando COLPENSIONES reciba los aportes y los demás emolumentos de los Fondos privados, podrá definir las normas que se aplican por vigencia o transición para regular el derecho, el valor de la mesada que corresponde conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones, y solo desde el retiro del Sistema tendrá a su cargo el pago de la primera mesada pensional.

Finalmente, 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 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.

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

RESUELVE

EXP. 22 2018 00539 01

Maria Doneira Manrique Rivera Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan 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 la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado