

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Gladys Rodríguez Parra
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 020 2017 00795 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado a la accionante al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo advertí en la ponencia inicial.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ

SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “*expectativas legítimas*” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos

de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GLADYS RODRÍGUEZ PARRA** en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**

Litis consorte necesario: **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 020 2017 00795 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, nuevamente se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A. y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2019, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., al omitir información completa y comprensible acerca de los riesgos que debía asumir y las desventajas de vincularse a dicha entidad, e incumplir con su deber de buen consejo, por ende se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, se condene a trasladar a Colpensiones todos los aportes de la cuenta de ahorro individual, quien deberá registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 13 de junio de 1984 y aceptar los aportes (f.º 4, 5).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que el 13 de junio de 1984 se afilió al I.S.S., donde aportó 759.71 semanas; posteriormente seleccionó como administradora de pensiones a Colfondos, para afiliarse el 27 de septiembre de 1999, sin que el funcionario de la A.F.P. le informara que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en Colpensiones, pues no le elaboró una proyección teniendo en cuenta el valor del bono pensional; dicho asesor usó como argumentos que el I.S.S. se iba a acabar y que en el R.A.I.S. podría pensionarse a la edad que quisiera, omitiendo informarle sobre las ventajas y desventajas de cada régimen; tampoco le informó la posibilidad de trasladarse nuevamente antes de cumplir 47 años de edad, por lo que considera que la información que le proporcionaron para tomar la decisión de trasladarse y suscribir el formulario, fue sesgada y parcializada; actualmente cuenta con 1630 semanas cotizadas. Solicitó el 21 de marzo de 2017, a Colfondos la invalidación de su afiliación y ante

Colpensiones radicó un formulario de traslado de régimen, lo cual fue denegado (f.º 5-7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de febrero de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 61), y por auto del 27 de noviembre de 2018, se ordenó integrar como litis consorte necesario a Porvenir S.A. (f.º 145).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de la obligación, y buena fe (f.º 64-44).

Colfondos S.A., formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción, la de buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y ausencia de vicios del consentimiento (f.º 115-127).

Porvenir S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, y enriquecimiento sin causa (f.º 153 a 159).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 63, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 21 de octubre de 2019, declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen de prima media con prestación

definida al de ahorro individual efectuada a Porvenir S.A. el 27 de septiembre de 1999; y consecuentemente, los traslados horizontales entre fondos privados; declaró a Colpensiones como administradora para los riesgos de invalidez, vejez y muerte de la demandante; ordenó a Colfondos S.A., devolver a Colpensiones, la totalidad de los aportes girados a su favor por cotizaciones junto con los rendimientos; y condenó en costas a Colpensiones y a Porvenir S.A.

Sustentó su decisión, en que la administradora del R.A.I.S. no demostró que ejecutó una debida diligencia con el fin de asesorar a la accionante, para que pudiera tomar una decisión informada al trasladarse desde el R.M.P.D. (f.º 201 a 206).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir S.A., sostuvo que cumplió con el deber de información impuesto en la normatividad vigente para la época del traslado de régimen, que era el Estatuto Orgánico Financiero que obligaba únicamente a explicar una manera fácil al afiliado, lo que quedó probado con el interrogatorio de parte que absolvió la demandante; el juzgado desconoció la buena fe con la que actuó y la debida diligencia que deben tener cada una de las partes en cuanto a sus intereses, evidenciándose con dicha prueba que la demandante mostró desinterés por su futuro pensional y ahora busca trasladarse con el único fin de obtener una mayor mesada pensional, sin que se pueda alegar como justificante el desconocimiento de la ley, pues en todo caso, ella trasladó entre administradoras del R.A.I.S. Finalmente, arguyó que en el asunto operó el fenómeno extintivo de la prescripción.

Colpensiones por su parte, apeló con el argumento de que la demandante escogió de manera voluntaria trasladarse de régimen y

luego, realizar traslados horizontales entre A.F.P., motivo por el que la entidad no está llamada a soportar las condenas pues atentan en contra de su sostenibilidad fiscal y la solidaridad del régimen pensional que administra, del cual se beneficiaría una persona que no ha contribuido al mismo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 15 de marzo de 1961 (f.º 18, 129); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 13 de junio de 1984 y el 30 de septiembre de 1999, 759.71 semanas (f.º 39-41, 75-79, 90-94); **iii)** que el 27 de septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de noviembre de 1999 (f.º 132, 165, 170), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a Colfondos S.A., con un total de 733.43 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 43 a 48, 133 a 136 y la certificación de f.º 128.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello precisamente ocurrió, si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad afiliado’ de la solicitud de vinculación o traslado a fondo de pensiones obligatorias n.º 0125 0425 diligenciado el 27 de septiembre de 1999, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como trabajadora: *«Hago constar que **realizo en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual **habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición,***

bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión; así mismo he seleccionado a Porvenir SA, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Igualmente declaro que he **sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud**» (f.º 170). Esa misma voluntad de afiliación se observa en los formularios diligenciados ante Horizonte y Colfondos (f.º 131, 167).

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413 de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 33 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 480,56 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 33 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 24 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Porvenir S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir S.A., a Horizonte y a Colfondos, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción de los mencionados formularios no fueron objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber recibido una charla colectiva por parte de funcionarios de Porvenir S.A., en la empresa en donde trabajaba en 1999, en la que la informaron que el I.S.S. se iba a liquidar, pero tiene conocimiento de que esa entidad se transformó en Colpensiones; señaló, que solo se preocupó por situación pensional hace unos 4 años y se dio cuenta que había cometido un error en su actuar, motivo por el cual solicitó una asesoría con un actuario en el fondo de pensiones; y afirmó que se movilizó entre fondos privados cada vez que cambiaba de empleo, ya que consideró que el I.S.S. no la iba a beneficiar; manifestaciones denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por la demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, al pernoctar en el R.A.I.S. durante más de 20 años.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la actora consideró que Porvenir S.A. incumplió el deber

de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los fondos de pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *ídem*.

Así como tampoco, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P. Porvenir S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la

demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345-2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese, que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

Y respecto de la ineficacia, en sentido estricto de que no se requiere declaración judicial, se refiere es a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes respecto de la nulidad.

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada a la demandante, lo

cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió. Así que la información ofrecida por Porvenir, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la llevó a continuar afiliada al régimen de ahorro individual y a tener movilidad horizontal en el sistema.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que la demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que la demandante es una persona que se encuentra *ad portas* de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024-2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario,

admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo 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, ...”.

Además, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401-2016 cuando expuso:

“...los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

Así mismo, en la sentencia C-083-2019, señaló que:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual, y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario, no unificado, en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional; aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir S.A., Horizonte y Colfondos S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 142, 143, 168, 169).

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación

de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el régimen de prima media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 27 de septiembre de 1999, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de Decisión, que al no aplicar la jurisprudencia

constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se probaron los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas.

Por lo anterior, como en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **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:

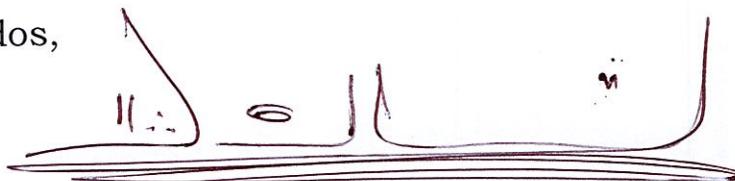
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 21 de octubre de 2019, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **SOCIEDAD**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **GLADYS RODRÍGUEZ PARRA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

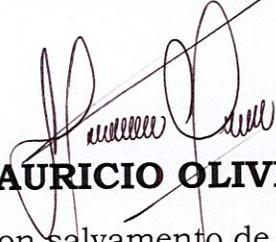
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

(Con salvamento de voto)

...SISTEMA DE FONDOS DE PENSIONES Y CREDITAR
...S.A. y a COLFONDOS PENSIONES Y CREDITAR S.A.
...las todas las pretensiones incidentes por GLADYS RODRIGUEZ
...de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no casación. Las
de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

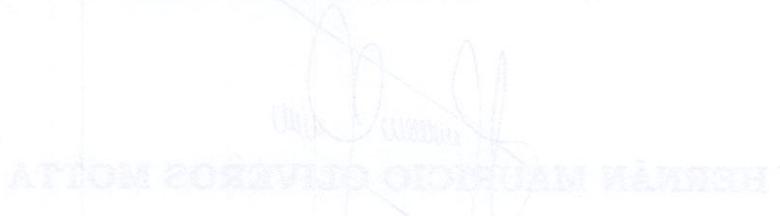
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEIER



ÁNGELA LUCÍA HUÉRFANO VARÓN



HERNÁN MAURICIO CIVEROS MOTTA

(Con sufragio de voto)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JESÚS LEONARDO HERNÁNDEZ MÉNDEZ** en contra de **GRUPO MARDIZ S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 021 2017 00266 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre el 1.º

de noviembre de 2015 y el 23 de enero de 2017, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías doblados, primas de servicios y vacaciones, acreencias causadas durante todo el tiempo laborado, así como la sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo, la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, y aportes a caja de compensación familiar, pensión y salud (f.º 3, 4).

Sustentó sus pretensiones, en que ingresó a laborar para la demandada el 1.º de noviembre de 2015, mediante un contrato laboral verbal a término indefinido, para desempeñar oficios varios; su último salario fue de \$1.500.000, a razón de \$5.000 la hora trabajada, pagaderos en forma quincenal; presentó renuncia el 23 de enero de 2017; durante la vigencia de la relación laboral la demandada no le canceló las acreencias reclamadas, ni lo afilió a seguridad social; citó a la demandada ante el Ministerio de Trabajo con el fin de llegar a un acuerdo sobre el pago de sus acreencias laborales pero esta no asistió; ha solicitado en varias oportunidades a la demandada el pago de la liquidación y salarios pendientes sin obtener respuesta positiva (f.º 2, 3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 28 de junio de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 40), quien, se encuentra representada por medio de curador *ad litem*, auxiliar de la justicia contestó sin oponerse ni allanarse a las pretensiones incoadas por el demandante y no presentó excepción alguna en su defensa (f.º 103-105). Constancia de la publicación del edicto emplazatorio obra de f.º 55 a 57.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de diciembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda y no impuso costas a las partes, tras considerar que no se evidenciaron documentos suscritos y/o elaborados por parte de la accionada, y este tampoco ha reconocido de manera implícita el contenido de los aportados, al estar representado por curador *ad litem*; no se acreditó la prestación de los servicios del demandante en favor de la demandada, ni los extremos del desarrollo de la relación laboral que se aduce en la demanda, carga probatoria que le incumbía al demandante (f.º 115).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si se acreditaron o no, los elementos constitutivos necesarios para declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, que habilite el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones que reclama el demandante.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre las partes, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo,

correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Sin embargo, nuestra legislación procesal ha instituido una serie de obligaciones, derechos, facultades y cargas atribuibles a todos aquellos que forman los distintos extremos que componen la relación jurídico-procesal, por lo que de antemano, quien pretenda acudir ante la administración de justicia en calidad de demandante debe conocer como mínimo, las responsabilidades propias de su condición, lo que se hace necesario para imprimir una mayor seriedad, diligencia y presteza a todos los asuntos conocidos por la jurisdicción.

De manera que, no bastaba con que el actor afirmara en la demanda que ejecutó ‘oficios varios’ en favor de la demandada, y que por tal motivo tuvo una relación laboral con este entre el 1.º de noviembre de 2015 y el 23 de enero de 2017, sino que debió demostrar en juicio, qué clase de labores diarias desarrolló y por las cuales, presuntamente le pagaban \$5.000 la hora como lo adujo en los hechos 1.º a 7.º de la demanda; carga probatoria que corría en cabeza de él, al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, pero que no cumplió, porque no ejecutó ningún acto tendiente a demostrar tales aspectos, tampoco hizo comparecer a los testigos peticionados y decretados en su favor, ni justificó su inasistencia.

A lo anterior, se agrega que no es posible tener como prueba de la presunta prestación personal y continua de sus servicios en favor

de la demandada, de las planillas y recibos de caja menor en formato minerva que reposa a f.º 8 a 31, porque además de no contar con firma alguna, sello o membrete de la aparente obligada, no es posible establecer de quién proviene, quién los elaboró, y advierte la Sala, que no es jurídicamente viable que las partes construyan su propia prueba. Tampoco se puede pasar por alto, que en virtud a que la demandada no compareció personalmente a notificarse del auto admisorio de la demanda encontrándose representada judicialmente por Curador *ad litem*, a quien no le consta ninguno de los hechos del libelo introductor, es por lo que la carga de la prueba respecto de los mismos continuó en cabeza de la parte actora.

En consecuencia, ante la total orfandad probatoria, la evidente actitud pasiva y desidia del demandante en cuanto al cumplimiento de la carga impuesta en el citado artículo 167, el camino a seguir, era absolver a la demandada de las súplicas de la demanda, pues no demostró la prestación de los servicios en favor de la accionada y tampoco ciertos supuestos trascendentales dentro de esta clase de procesos, como por ejemplo el monto del salario, su jornada laboral, los extremos temporales del vínculo que lo pudo haber atado con Grupo Mardiz SAS (CSJ SL., 6 mar. 2012 rad. 42167), por lo que habrá de **confirmarse** la sentencia consultada. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

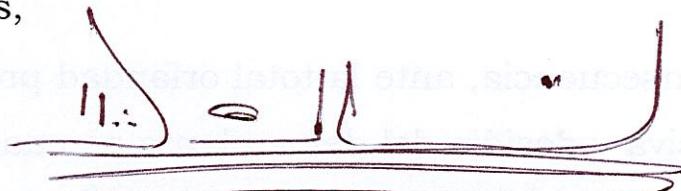
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida el 3 de diciembre de 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

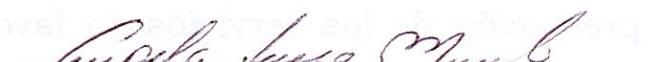
SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

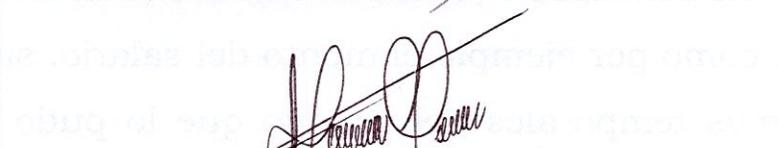
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JESÚS ORLANDO SUAREZ FONSECA** en contra de **COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO “TUYA” S.A.**

EXP. 11001 31 05 021 2018 00464 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara que entre él y la Empresa Tuya S.A., existió un contrato de trabajo desde el 21 de abril

de 2004 hasta el 28 de abril de 2017, y que la terminación de este fue sin justa causa. Consecuencialmente, que se condenara a la demandada al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo por la suma de \$50.000.000; de la sanción de que trata el artículo 65 *ibídem*; de lo que resultare probado conforme a las facultades ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Para el efecto, manifestó que el 21 de abril de 2004, suscribió un contrato de trabajo con la Compañía de Financiamiento Tuya S.A.; que el 28 de abril de 2017, la empresa de forma unilateral, decidió terminar el contrato; que el último salario que devengó como “*Supervisor Senior*” fue de \$3.832.000; que por concepto de comisiones recibía mensualmente la suma de \$1.082.333.33; que en su hoja de vida no reposa llamado de atención o memorando alguno en el que se le haya endilgado una violación al Reglamento Interno de Trabajo, contrato de trabajo, y demás normas legales, y que para despedirlo la empresa adujo que había incurrido en violación grave de las obligaciones o prohibiciones que le incumben al trabajador contempladas en los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 30 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada. (f.º 28).

LA COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO TUYA S.A., manifestó que si existió un contrato de trabajo con el demandante en el lapso indicado en la demanda, pero se opuso a las pretensiones restantes. Alegó en su favor, que el contrato del actor finalizó con justa causa por el grave incumplimiento de sus funciones y de las obligaciones

contractuales, por lo que no habría de reconocerle indemnización alguna; que en vigencia del contrato y a la finalización del mismo canceló la totalidad de los derechos causados, y que siempre actuó de buena fe, motivo por el que no era procedente el pago de la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, justa causa para terminar el contrato de trabajo, y prescripción (f.º 50 - 55).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 4 de marzo de 2020, declaró que entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de abril de 2004 y el 28 de abril de 2017; declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas cobro de lo no debido, pago, buena fe, y justa causa para terminar el contrato de trabajo; absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas al demandante.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si se configuró una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del actor, y determinar si había lugar a condenar a la demanda al pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Adujo, que conforme a la jurisprudencia vigente, le corresponde al trabajador demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación laboral provino del empleador, como ocurrió en el presente caso, por cuanto en el expediente se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo de fecha de 28 de abril de 2017, en la cual se

esgrimió como justa causa, la omisión por parte del actor de las funciones y responsabilidades que tenía como supervisor en el centro de atención de Tarjeta Éxito Las Américas.

Esgrimió, que conforme al caudal probatorio recaudado en el proceso, esto es la diligencia de descargos practicada al demandante (f.º 96 - 98), el documento contentivo de las funciones asignadas al perfil de supervisor (f.º 91), el documento en el cual obra la relación de los clientes que son titulares de una tarjeta Éxito y que a su vez presentaban una tarjeta adicional, asignados a empleados a cargo del demandante (f.º 140), y el testimonio practicados a Paula Andrea Prieto Ramos era claro que el trabajador no había realizado los seguimientos al procedimiento de asignación de tarjetas adicionales, pese a ser una función a su cargo, por lo que había incumplido lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 27 del Reglamento Interno de Trabajo, en el párrafo del artículo 24 *ibidem*, de lo contemplado en el numeral 1.º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, y en el numeral 6.º, literal a) del artículo 62 del mismo estatuto, de manera que, si había incurrido en una justa causa para ser despedido.

Respecto de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, aseveró que la misma no se sustentaba en ningún supuesto fáctico, dado que el actor no señaló cuales eran los salarios y prestaciones sociales debidas, los días de mora en el pago de ellos, sin que le fuera posible al despacho efectuar suposiciones al respecto, aunado al hecho de que a f.º 100 del expediente, obra la respectiva liquidación del contrato de fecha de 5 de mayo de 2017 con los respectivos conceptos devengados por el actor.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de

apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Alegó, que la demandada aportó un documento solo hasta el 28 de febrero de 2020, y que si el mismo era demostrativo de la justa causa de despido debió ser aportado en la oportunidad pertinente, esto es, con la contestación de la demanda.

Manifestó, que el demandante no omitió la aplicación de ningún procedimiento de auditoria, toda vez que el mismo no existía, pues no había una norma que le estableciera al actor que debía seguir un procedimiento para observar si la colocación de tarjetas adicionales se estaba haciendo de forma irregular, y que ello era violatorio del principio de legalidad como quiera que nadie esta obligado a lo imposible.

Dijo, que la colocación de tarjetas si esta permitida en la empresa TUYA S.A., por lo que no puede ser definida como una venta irreal, y que el demandante no podía estar detrás de cada uno de los funcionarios vigilando si diligenciaban los formatos de manera correcta debido a que no tiene conocimiento en grafología, además de que no le correspondía hacerlo porque no estaba obligado a ello.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandante, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico verificar si el demandante fue despedido o no, sin justa causa.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que **i)** el demandante prestó sus servicios a la demandada, mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de abril de 2004 hasta el 28 de abril de 2017 (f.º 9 - 13, 22, 115, 116); **ii)** que el último cargo que desempeñó fue el de *supervisor senior* (f.º 22 ,115, 116) **iii)** y que la empresa decidió terminar unilateralmente la relación laboral (f.º 8).

En reiterada jurisprudencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justificación del mismo. En sentencia SL-4547 de 2018, dicha corporación estableció que una vez probado el hecho del despido, como en efecto sucedió en el presente caso como quiera que el demandante aportó la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo (f.º 8), a la parte accionada le corresponde acreditar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral. En la misma providencia, se expreso lo siguiente: *“No basta con comunicar los motivos que llevan a finalizar unilateralmente el contrato laboral, dado que para que un despido se repute justo el empleador debe documentar la falta atribuida al subordinado y recaudar todo el acervo probatorio que sustente debidamente su ocurrencia. De lo contrario, fallará en la labor demostrativa que le incumbe en el escenario judicial y las imputaciones en las que fundamentó la rescisión contractual quedarán como simples señalamientos sin confirmación.”*

Se tiene entonces que, en la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo de fecha de 28 de abril de 2017, la demandada adujo los siguientes motivos:

“Le informamos que Tuya S.A. ha decidido dar por terminado de forma unilateral y con justa causa a partir de la fecha, el contrato suscrito con usted, con fundamento en el numeral (6) del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el numeral 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, con lo

establecido en el contrato de trabajo suscrito por usted, en las funciones específicas según su cargo actual, en el Código de Ética de la Compañía y el Reglamento Interno de Trabajo.

En la entrevista realizada el día 25 de abril de 2017, se le expuso una situación en la cual se logró evidenciar omisiones respecto de las funciones y responsabilidades que usted tiene como Supervisor, cargo que al día de hoy desempeña en el Centro de Atención de Tarjetas Éxito Las Américas. Estas omisiones se presentaron de forma específica en los procedimientos e instrucciones establecidos por la compañía frente al proceso de asignación de tarjetas por parte de los empleados, que usted como supervisor tenía a su cargo, quienes presentaron omisiones y malas prácticas de ventas reiteradas lo cual quedó evidenciado en las entrevistas de descargos realizadas a dichos empleados.”

Adicionalmente, la demandada señaló que el actor desconoció lo dispuesto en el contrato de trabajo y en el Reglamento Interno de Trabajo por cuanto en estos se estableció como función del supervisor, la de “Garantizar el funcionamiento y operación del CATT - Centro de Atención de tarjetas - asignado de acuerdo a las políticas específicas, normas y procedimientos establecidos por la compañía, así como lo establecido en el numeral 1.º del literal a) del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora, para determinar si la parte demandada logró acreditar las faltas atribuidas al actor, habrá de revisarse el acervo probatorio documental que se aportó al proceso, así como los testimonios practicados.

Se tiene que de f.º 159 a f.º 175, obra el documento contentivo de una investigación interna iniciada por la sociedad demandada, debido a que la señora Marina Moreno de Hernández, presentó una queja directa al área comercial de TUYA S.A., puesto que registraba un reporte en las centrales de riesgo por un saldo en mora en su tarjeta de crédito Éxito S.A., pese a haberla utilizado solo dos veces. Es necesario resaltar, que respecto de la señora Moreno se aclaró,

que era familiar de Martha Liliana Cifuentes Hernández, ex - asesora de tarjeta Carulla, y que laboró también para Éxito Occidente y Éxito Floresta.

Así, a partir de dicha investigación la sociedad demandada corroboró una irregularidad consistente en que ciertos asesores del Centro de Atención de Servicio al Cliente - C.A.T.T. - Éxito Norte se otorgaban las tarjetas adicionales entre ellos, o a familiares y terceros, para cumplir con las metas y recibir las comisiones correspondientes. La realización de esta práctica fue corroborada por las testigos Paola Cristina Mera Santamaría, y Paula Andrea Prieto Ramos, ambas trabajadoras de Tuya S.A.

Aunado a ello, la testigo Paola Cristina Mera Santamaría aclaró, que se denominaban tarjetas adicionales las que eran entregadas por el deudor principal a sus familiares o terceros, y que eran dependientes del cupo de este. Por ende, no era normal ni ético que un trabajador les otorgara tarjetas a los ejecutivos de servicios o a los familiares de los ejecutivos de servicios en un mismo C.A.T.T., con el objetivo de recibir una comisión, por cuanto les correspondía a los empleados explicar y convencer al cliente de los beneficios de dicho producto financiero para poder acceder a ella.

Por su parte, la testigo Paula Andrea Prieto Ramos explicó, que, si bien no estaba prohibida la asignación de tarjetas adicionales, entre los mismos ejecutivos y asesores, no era normal dicha práctica pues sería otorgarle al compañero la potestad de disponer de un crédito propio. Igualmente adujo, que las tarjetas adicionales debían tener un uso “*real*” y no ser canceladas en el mismo mes que fueron creadas solo para cumplir las metas.

Hasta aquí, es claro para esta sala que los trabajadores de la empresa TUYA S.A., incurrieron en una práctica irregular que consistía en la asignación de tarjetas adicionales entre ellos con el objeto de cumplir metas y acceder a una comisión.

Ahora bien, en la investigación interna iniciada por la compañía se determinó que presuntamente existían asesores del C.A.T.T. del Éxito Norte, quienes estaban a cargo del aquí demandante por su labor de supervisor, que se asignaban tarjetas entre ellos que posteriormente eran canceladas, como se corroboró en el aplicativo “Suflitel” (f.º 160). Así, obra dentro del plenario la diligencia de descargos de fecha de 25 de abril de 2017 de uno de ellos (f.º 96 - 98), el señor Juan Guillermo Ruíz Delgado, quien, en dicha oportunidad al ser indagado por la práctica descrita con antelación, admitió lo siguiente:

“(...) Pregunta. - ¿Evidenció usted irregularidades respecto del proceso de asignación de tarjetas adicionales?

Respuesta. - Si en su momento por el cumplimiento de la Compañía se generaban tarjetas adicionales de conocidos en presencia de los clientes, yo no hice parte de ese tipo de procedimientos, yo vi a varios de mis compañeros haciendo esto, esto se presentó cuando estaba el anterior supervisor Orlando Suárez, pero la idea específicamente donde surgió no tengo conocimiento, Orlando tenía conocimiento de esta práctica y no tengo conocimiento de que hubiera hecho algo al respecto.

Esto se presentaba en los cierres, si hacían falta adicionales se decía “por qué no le decimos a pepito Pérez que nos de dos adicionales” Orlando escuchaba esto, pero nunca hizo nada. Yo se que estas malas prácticas se realizaban en el CATT, pero de donde venía esta instrucción no tengo conocimiento. El objetivo de esto era para ayudar a cumplir el presupuesto del CATT.”

Aunado a ello, a f.º 140 se encuentra un listado de los clientes titulares del producto tarjeta Éxito, que a su vez presentaban una tarjeta asignada como adicional a empleados; estos trabajadores son, María Alejandra Sánchez Bolívar, Juan Guillermo Ruíz Delgado y Julieth Tatiana Díaz Galeano. Respecto de estos, el demandante en diligencia de descargos de fecha de 25 de abril de 2017, indicó que se encontraban a su cargo (f.º 92). Igualmente, en dicha oportunidad el demandante admitió lo siguiente:

“(...) ¿Es de su conocimiento que en el desempeño de sus funciones como supervisor debió observar a fin de identificar desviaciones en los procedimientos ejecutados por las personas que se encuentran a su cargo? Respuesta. - Si.

¿De acuerdo a la pregunta anterior permítase manifestar si usted realizaba auditorías a fin de identificar desviaciones en los procedimientos ejecutados por las personas que se encuentran a su cargo? Respuesta. - Si, pero auditorías como tal a la tarjeta adicional no lo hacía.

¿Usted Comisiona por el cumplimiento de colocación de tarjeta adicional? Respuesta. - Si señor.

Asimismo, en el interrogatorio de parte, el demandante admitió que una de sus funciones era la de realizar la supervisión y auditoría de los procesos ejecutivos de los asesores a su cargo, pero que la misma se hacía de forma aleatoria, pues no había ningún procedimiento que estableciera que debía hacerse específicamente a las tarjetas adicionales. Asimismo, expresó que la colocación de estas correspondía a una meta adicional tanto de los supervisores y asesores, que generaba una comisión.

Al revisar las funciones del trabajador (f.º 91) se encuentra que las mismas consistían en: *“Realizar el seguimiento y acompañamiento permanente a la fuerza de ventas, monitoreando la colocación de los diferentes*

productos”, y en “Garantizar el cumplimiento de las políticas, normas y procedimientos implementados por la Compañía y los entes que nos regulan”.

De las anteriores probanzas, claramente se colige que el demandante sí incurrió en las faltas que le fueron endilgadas en la carta de terminación del contrato de trabajo de fecha de 28 de abril de 2017, pues es claro que efectivamente omitió realizar las funciones citadas con antelación, dado que pese a conocer de la existencia de la práctica irregular en la asignación de tarjetas adicionales, llevada a cabo por personal a su cargo, omitió realizar un seguimiento a las mismas sin razón aparente, más allá del hecho de que con esta práctica se veía beneficiado, pues como lo admitió en la diligencia de descargos, comisionaba por el cumplimiento de colocación de una tarjeta adicional.

Por ende, no comparte la sala la aseveración hecha por el apelante de que no existía un procedimiento que indicara que debía hacerse un monitoreo al proceso de asignación de tarjetas, porque si bien la auditoria de los diferentes procesos se hacía de manera aleatoria, el demandante, al advertir que los asesores se asignaban entre ellos y a sus familiares tarjetas adicionales, que posteriormente eran canceladas, ha debido indagarse sobre la existencia esta práctica, máxime si se tiene en cuenta que si los trabajadores recibían una comisión por la asignación de tarjetas adicionales, era gracias al esfuerzo que implicaba el haber convencido a un cliente de los beneficios de ese producto como bien lo adujo la testigo Paola Cristina Mera Santamaría.

Es claro entonces, que se tipificaron las conductas descritas en el numeral 1.º del literal a) del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, y en el párrafo 1.º del artículo 27 del Reglamento Interno de Trabajo que establece como obligación especial del trabajador *“Planear, organizar, dirigir, coordinar, controlar, y supervisar el trabajo de cada*

uno de sus subalternos con el fin de que estos realicen sus labores de acuerdo a lo preceptuado por las normas de la compañía.”

Así las cosas, se tiene que, con justa razón estaba habilitada la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, teniéndose en cuenta además, que el haber permitido que los asesores incurrieran en una práctica irregular por el solo hecho de comisionar y cumplir unas metas, sin alertar a la compañía de esta, es un comportamiento que evidentemente no se enmarca bajo los presupuestos de la buena fe, fidelidad y lealtad, establecidos en los artículos 55 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo que inspiran la relación laboral entre las partes contratantes (CSJ SL, 23 oct. 2007 rad. 28169, SL871-2018). De ahí que, no se equivocó la juzgadora de instancia al sostener que el despido fue justo.

Finalmente, respecto de la inconformidad expresada por el demandante frente al hecho de que la demandada aportó unos documentos con posterioridad a la presentación de la contestación de la demanda, ha de aclararse que conforme al artículo 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez podrá ordenar a costa de una las partes, o de ambas, la práctica de todas las pruebas que a su proceso sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos, por lo que la demandada aportó los mismos, el 28 de febrero de 2020, en cumplimiento de una orden del juez, y si el demandante presentaba alguna inconformidad con ello, debió expresarlo en el momento procesal oportuno.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

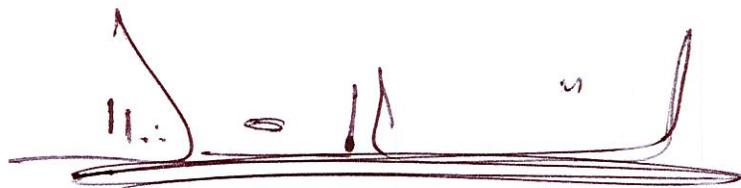
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

... ..

... ..

NOTITQUES Y C&P

... ..



DAVID A. J. COYNE

... ..

... ..



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FRANKLIN TEODORO MONTERO GAVIRIA** en contra de **JESÚS HERMEL YONDA TORO**.

EXP. 11001 31 05 024 2012 00758 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo sin solución de continuidad desde el 29

de noviembre de 2009 hasta el 27 de abril de 2012, en consecuencia, se condene al demandado al pago de las cesantías, intereses a la cesantías, vacaciones, prima de servicios, dotaciones, indemnización por despido, sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo e indemnización moratoria (f.º 2, 3).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó inició a laboral con el demandado en forma verbal el 29 de noviembre de 2009, vínculo que terminó el 27 de abril de 2012; su cargo fue el de oficios varios en el área administrativa, cumpliendo sus funciones estaban relacionadas con el SISO en las obras en las que el demandado era contratista, tales como: Cabrechi, Marianitas, Bomberos, La Felicidad, Aeropuerto, Chía, la 26, la 97, Los Rosales, en donde él le tenía que hacer al demandado las afiliaciones a seguridad social a los 10 a 80 trabajadores que tenía a su cargo, así como liquidar las planillas de aportes mensuales, para lo cual recogía la documental necesaria para la realización de las afiliaciones en cada obra y luego dirigirse a su casa para hacerlas.

Así como también, devengó una suma mensual de \$1.000.000, pagaderos cada 14 días, a cambio de firmar recibos o sobres de pago; su horario de trabajo habitual era de 6:30 a. m. a 5:00 p. m. y los sábados de 7.30 a. m. hasta la 1:00 p. m.; fue afiliado a seguridad social en salud, pensión, riesgos profesionales y caja de compensación familiar; fue despedido verbalmente y sin justa causa el 27 de abril de 2012; el demandado le hizo firmar paz y salvos de prestaciones sociales para que le pudieran entregar el 10% de las retenciones, sin embargo, él nunca recibió suma alguna por este concepto; intentó hacer una conciliación con el demandado ante el Ministerio de Trabajo, pero este no asistió (f.º 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de enero de 2013, ordenándose la notificación y traslado al demandado (f.º 18), quien si bien inicialmente fue emplazado y estuvo representado a través de curador *ad litem* (f.º 38, 42-46), como consecuencia de la nulidad que se declaró en audiencia llevada a cabo el 17 de septiembre de 2018 (f.º 97, 100), se tuvo por notificado por conducta concluyente, para lo cual tuvo la oportunidad de contestar nuevamente la demanda, escrito mediante el cual se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del contrato laboral que se pretende hacer valer, petición de lo no debido, temeridad y mala fe del demandante, prescripción y buena fe del demandado (f.º 101-108).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de enero de 2020, absolvió al demandado de todas las pretensiones incoadas y condenó en costas al demandante, tras considerar que el demandante no logró acreditar la prestación personal y continua del servicio, mientras que el demandado acreditó que las pocas labores que ejecutó relacionadas con la afiliación de personas de sus obras en seguridad social, las hizo en forma esporádica, independiente y sin subordinación; en todo caso, a pesar de que se acreditó esa labor por parte del demandante, en favor del demandado, mientras este estuvo en la obra de construcción denominada Cabrechi Ltda, el demandante no demostró los extremos temporales (f.º 219).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, argumentó que sí se logró demostrar una prestación personal del servicio con el propio dicho del demandado quien admitió que realizaba las afiliaciones y pagos, aunado a que los extremos temporales quedaron acreditados con la afiliación a la A.R.L. y con un recibo de nómina expedido por el demandado el cual no fue tachado de falso, con el cual se pagó la penúltima quincena.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si se acreditaron o no, los elementos constitutivos de un contrato de trabajo entre las partes, y si tiene o no derecho a las peticiones de condena solicitadas en el libelo demandatorio.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre las partes, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, contrario a lo alegado por la apelante, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de

naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Y demostrada la prestación personal del servicio, corresponde al funcionario judicial desentrañar con los medios probatorios aportados al proceso, establecer los extremos temporales en un determinado periodo, y con ello poder calcular los derechos laborales o sociales que le corresponderían al trabajador demandante (CSJ SL111-2018).

En el caso bajo estudio, no se controvierte la prestación personal del servicio por parte del demandante en favor del demandado, quien en la respuesta a la demanda, admitió que le prestó algunos servicios especiales como intermediario para gestionar la afiliación de sus auténticos trabajadores de las obras de construcción, a las distintas entidades de seguridad social, lo cual en ocasiones también era ejecutado por la esposa del demandante, por lo que le pagaba sumas variables dependiendo del número de afiliaciones y novedades de retiro que se hicieran en cada ocasión que lo llamaba para tal efecto, frente a lo cual, indicó en su interrogatorio de parte, que le cancelaba al parecer \$10.000 por persona afiliada, y que alguna vez alcanzó a pagarle \$500.000, \$900.000 o \$1.000.000, por todas las personas que debía afiliar en el momento, lo cual coincide con lo indicado en el hecho 8.º de la demanda, en donde se indicó que debió hacer las afiliaciones de entre 10 a 80 trabajadores, pues ello dependía de la obra de construcción que ejecutara el demandado, quien continuó indicando en su interrogatorio de parte, que para ello, el demandante pasaba a las obras en donde necesitaba el servicio una o dos veces por semana, cuando el encargado de la obra lo llamaba para decirle cuántas personas debía afiliar y le entregaba los documentos.

Sin embargo, a pesar de que el testigo Miguel Antonio Parra Osorio, profesional en salud ocupacional, manifestó conocer a las partes integrantes de esta litis en el año 2011, en la obra denominada Cabrechi, y que vio al demandante en dicha obra 'la gran mayoría de las veces', advirtió que no lo veía todo el tiempo, en la medida en que en la obra habían 6 torres que el testigo recorrió una por día, y que cuando lo veía, ello ocurría a diferentes horas del día cuando Franklin le presentaba las afiliaciones a él o a su auxiliar, quienes le requerían por los permisos de las personas que debían trabajar en alturas, pero que no lo volvió a hacer porque ya no le quedaba tiempo, aunado a que cuando fue interrogado acerca de las fechas aproximadas en las que ello acaeció en el año 2011, sostuvo, que no las recordaba y aunque dijo que vio al demandado darle instrucciones al demandante, no informó claramente qué clase de instrucciones impartió, solo que el demandado le indicó a Franklin que debía entregarle a él (el testigo) las afiliaciones, las cuales le eran entregadas cada vez que había un nuevo trabajador.

De modo que, del dicho de este testigo no es viable concluir que la prestación de los servicios del demandante fue continua, y mucho menos, en unos extremos temporales, siquiera aproximados porque frente a las preguntas realizadas no informó mes o día, ni si fue a finales o a inicios de ese año.

Ahora bien, si la declarante Xiomara Pineda Arias, fue tachada por sospecha, la Sala le otorga plena credibilidad a sus dichos, porque de manera imparcial y coherente con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que le constó lo narrado, sostuvo, que laboró al servicio del demandado entre los años 2010 y 2012, pero solo conoció al demandante en el año 2012, ya que era quien tramitaba las afiliaciones a seguridad social y en algunas ocasiones liquidaba la planilla de aportes de los trabajadores de la obra del aeropuerto;

relató, que el demandante no tenía un horario específico para realizar tal labor, dado que el número de afiliaciones dependía del personal existente en dicha obra, o en la denominada Portal A-Uno en Chía; en todo caso, él nunca ingresaba a las obras, ya que solo iba por los documentos respectivos para tramitar las afiliaciones, que en ocasiones ella misma o la Inspectora de Seguridad, se los entregaban fuera del campamento de la obra, y afirmó que el demandante prestaba ese mismo servicio a otros 3 contratistas de la obra en el consorcio Opain, ajenos al aquí demandado, corroborándose lo afirmado por este último en su contestación a la demanda, quien según la testigo, nunca lo vio darle órdenes al demandante.

De la anterior declaración, tampoco se verifica una continuidad o dependencia del demandante, en la prestación de los servicios de afiliaciones al sistema de seguridad social para el demandado, porque incluso, el mismo demandante afirmó en su interrogatorio de parte, que luego de cumplir con su trabajo, se dirigía a otras empresas para recoger copias de las cédulas y hacer las afiliaciones desde su casa donde tenía internet, lo cual fue manifestado también la demanda; igualmente, informó que cuando ingresaba a la obra del aeropuerto a recoger los documentos, era porque Xiomara Arias o William Garay, le daban autorización. Y señaló, que antes de prestarle esos servicios al demandado, también se dedicaba a hacer afiliaciones a seguridad social.

Así mismo, el demandado en su interrogatorio de parte, también manifestó que hubo un tiempo aproximado de 6 meses, en el que tuvo certeza de la cantidad de personal que iba a tener en la obra Cabrechi, y que por tal razón, en esa época le pagó al demandante cada 14 o 30 días, previo la firma de un recibo, empero, tampoco fue conminado por parte del interesado con el fin de obtener una confesión en la que indicara un tiempo exacto, o por lo menos aproximado en el que

ocurrió ese semestre; en todo caso, siempre sostuvo que el demandante pasaba por allí una o dos veces a la semana, y recordemos que en el hecho 9.º de la demanda, Franklin Montero dijo que luego de recoger en cada obra la documentación necesaria para las afiliaciones, se dirigía a su casa para realizarlas.

De manera que, la labor de afiliar al personal de obra a cargo del demandado como contratista, no la ejecutaba el demandante en forma continua, día a día y para ello tampoco necesitaba del cumplimiento de un horario impuesto por el demandado, por cuanto bastaba con que fuera a las diferentes obras a recoger los documentos de dichos trabajadores y los llevara a su casa para formalizar las afiliaciones en seguridad social a su conveniencia.

Así las cosas, a pesar de que con la documental que obra a f.º 10, 11 a 13, 57 a 62, se constata que el demandante estuvo afiliado por cuenta del demandado a la A.R.L. Positiva, se debe recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral, ha establecido que la afiliación a la seguridad social o el pago de los aportes al sistema, no conlleva, en principio, la existencia de una relación laboral, a menos que existan pruebas contundentes que así lo acrediten (CSJ SL16528-2016), es un elemento indiciario, pero no es plena prueba de la misma (CSJ SL., 15 mar. 2011 rad. 37067); lo que aquí no ocurre, en la medida en que el demandado indicó en su contestación a la demanda, que accedió a ello por un favor que le pidió el demandante, y este, manifestó que él mismo fue quien realizó esa afiliación; y en todo caso, como ya se dijo no se probó suficientemente que la ejecución de afiliaciones a seguridad social hubiera sido diaria, continua e ininterrumpida, ni las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se pudo haber desarrollado la fuerza de trabajo en favor del demandado, tampoco se comprobó la cantidad de afiliados que realizó

a la semana o mensualmente, como para de allí deducir una posible remuneración.

Por consiguiente, con las pruebas reseñadas, no puede darse por probado que el demandante estuviera vinculado con el demandado a través de un contrato de trabajo en los extremos señalados en la demanda, al recordarse que le correspondía al demandante probar los hechos en que se fundan sus pretensiones a la luz de los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, con los medios probatorios autorizados por la legislación procesal laboral (CSJ SL., 29 sep. 2005 rad. 24450 y 2 jul. 2008 rad. 24450).

Con base en lo anterior, teniendo en cuenta las pruebas allegadas, se concluye que si bien el demandante prestó sus servicios al demandado, la verdad es que la labor ejecutada fue de carácter independiente, sin que en ello tuviera injerencia el demandado; así las cosas, teniendo en cuenta la autonomía que tuvo el demandante, quedó desvirtuada la presunción de subordinación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que se activó al acreditar la prestación del servicio, por ende, se colige que no fue una relación de carácter dependiente, lo que pudo haberlo atado con el demandado, sino la existencia de una coordinación de actividades entre las partes, que de ninguna manera genera el pago de prestaciones sociales.

En consecuencia, como no se verificó que las actividades desarrolladas por el demandante, hubieran sido subordinadas y dependientes del demandado, sino que actuó de manera discontinua e independiente, se confirmará la decisión apelada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

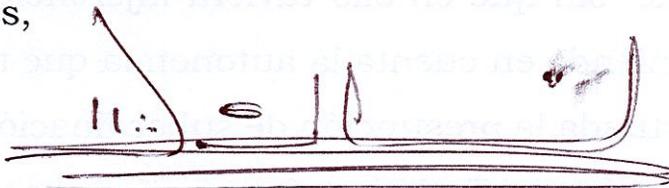
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 20 de enero de 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MAGDA LILIANA RÍOS GAITÁN** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 027 2018 00110 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, nuevamente se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A. y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual, efectuada el 1.º junio de 1999 y 1.º de julio de 2001, por la indebida información suministrada al momento de afiliación, que causa un vicio de consentimiento por error de hecho, por tanto, que la entidad a la cual se encuentra afiliada es Colpensiones. Consecuencialmente, que se condenara a Porvenir S.A. a devolver todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual como bonos, aportes, rendimientos y comisiones, y a actualizar la historia laboral, y a ambas demandas a las costas del proceso.

Para el efecto, manifestó que nació el 25 de octubre de 1965 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 580.60 semanas; que en junio de 1999, se afilió a la A.F.P. Colpatria y el 24 de mayo de 2001 a la A.F.P. Porvenir; que dichas A.F.P. no informaron las implicaciones del traslado, las ventajas y desventajas, así como los escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen, pues estas conocían el número semanas cotizadas y el promedio salarial reportado al momento de su afiliación; que una vez contratada por su cuenta la asesoría particular pudo verificar la falsa realidad aducida por el fondo privado; que el 7 de noviembre de 2017, solicitó la anulación de la afiliación ante las demandada, la cual fue negada, y que cuenta con un total de 1470 semanas cotizadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de junio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 73).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la actora. Alegó, en su defensa las excepciones de error de derecho no vician el consentimiento, la inexistencia de la obligación, buena fe, y prescripción (f. ° 78 - 90).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A., también se opuso a las pretensiones. Invocó, las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir, la inexistencia de las obligaciones, la buena fe, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio (f.º 115 a 123).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en sentencia de 27 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media al de ahorro individual; condenó a la A.F.P. Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación; ordenó a Colpensiones a afiliarse nuevamente a la demandante al régimen de prima media y recibir las cotizaciones de la A.F.P. Porvenir S.A, y condenó al pago de las costas del proceso al fondo privado.

Esgrimió, que la A.F.P. Colpatria hoy Porvenir, no cumplió con su carga probatoria de acreditar su correcta asesoría a la afiliada al momento de solicitar el traslado, pues, el único medio de prueba que allegó es el formulario el cual no demuestra el consentimiento informado, ni que la A.F.P. hubiera explicado a la demandante las

características del régimen de ahorro individual, las diferencias con el R.P.M., ni las ventajas o desventajas por lo que dicha omisión influyó en la decisión de traslado de la actora.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, solicitó que fuera revocada la sentencia proferida en su totalidad. Aseveró, que el traslado de la aquí demandante es eficaz por cumplir con los requisitos de ley, pues se brindó la respectiva asesoría lo que se verifica con la firma plasmada en el respectivo formulario, y que esto lo hizo de manera libre, consciente y sin ningún tipo de presiones.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A., adujo que para la época de traslado la asesoría se realizaba de forma verbal, y que la única prueba legalmente exigida era el formulario de afiliación como quiera que las demás exigencias se dieron a partir de la Ley 1748 de 2014.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 25 de octubre de 1965 (f.º 29); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 213,14 semanas cotizadas, y 28 años de edad (f.º 30); **iii)** que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales

entre el 9 de octubre de 1984, y el 30 de junio de 1999 580.60 semanas (f.º 30); **iv**) que el 30 de abril de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por A.F.P Colpatria, hoy Porvenir S.A. , con fecha de efectividad desde el 1.º de junio del mismo año (f.º 125); **v**) que el 24 de mayo de 2001, se trasladó a Porvenir S.A., y que dicha inscripción se hizo efectiva el 16 de abril de 2004 (f.º 126, 127), **vi**) y que actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A. con un total de 880 semanas cotizadas en esa A.F.P, para un total de 1447 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 32 a 41.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por

primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello precisamente ocurrió, si se observa que en el recuadro denominado ‘*voluntad de afiliación*’ de la solicitud de afiliación y traslado a fondo de pensiones obligatorias n.º 0194794 de A.F.P. Colpatria diligenciado el 30 de abril de 1999, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como trabajadora: **«Hago constar que la selección de Régimen de Ahorro Individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontanea, y sin presiones. Manifiesto que he elegido al Fondo de Pensiones Colpatria para que administre mis aportes pensionales y solicite el traslado de los valores a que tenga derecho de la anterior entidad administradora. Así mismo, declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»** (f.º 125). Esa misma voluntad de afiliación se observa en el formulario diligenciado ante Porvenir S.A. (f.º 126).

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413 de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los

trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 28 años de edad para el 1.º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 213,14 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 28 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 29 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción de los mencionados formularios no fueron objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que se trasladó de forma voluntaria a la A.F.P. Colpatria después de una reunión que se

celebró en su lugar de trabajo, en donde le indicaron que en el R.A.I.S. podría pensionarse a la edad quisiera. Igualmente, admitió que nunca fue prioridad para ella, averiguar si el I.S.S. se había acabado o si había tomado la mejor decisión, hecho este que ratifica su intención de permanecer en este régimen pensional, como quiera que en los 21 años que lleva afiliada al mismo, jamás se preocupó por rectificar su situación pensional.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por la demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, situación esta que es excluyente del régimen de prima media con prestación definida, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, al pernoctar en el R.A.I.S. durante más de 21 años.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar

sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la actora consideró que Porvenir S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los fondos de pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Así como tampoco, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran

error en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P. Porvenir S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345-2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los

requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese, que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que la demandante se vinculó a ellas.

Y respecto de la ineficacia, en sentido estricto de que no se requiere declaración judicial, se refiere es a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes respecto de la nulidad.

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el

interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría en la oportunidad en la que realizó traslado de régimen.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada a la demandante, lo cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió. Así que la información ofrecida por la A.F.P. Porvenir, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la llevó a continuar afiliada al régimen de ahorro individual durante aproximadamente 21 años.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que la demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que la demandante es una persona que se encuentra *ad portas* de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación,

la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024-2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo 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, ...”.

Además, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el

artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401-2016 cuando expuso:

“...los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

Así mismo, en la sentencia C-083-2019, señaló que:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual, y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario, no unificado, en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue

negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, y desde ese momento no acudió a su fondo de pensiones ni para conocer en que situación se encontraba su derecho pensional, ni para constatar el dicho del asesor, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional; aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 144 y 145).

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, como lo admitió en el interrogatorio de parte, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el régimen de prima media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 30 de abril de 1999, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, a partir de esa

fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de Decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se probaron los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas.

Por lo anterior, como en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

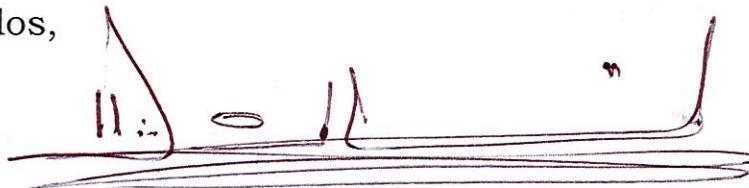
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada y apelada, proferida el 27 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de todas las pretensiones incoadas por **MAGDA LILIANA RÍOS GAITÁN**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

(Con salvamento de voto)

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Olga María Domínguez Salcedo
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 029 2019 00227 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado al accionante al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo advertí en la ponencia inicial.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4° Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a*

DECLARACIÓN DE VOTO

Declaración de voto y firma del/los votante/s
Declaración de voto y firma del/los votante/s
Declaración de voto y firma del/los votante/s

Con el presente voto, me permito expresar de forma responsable al
considerar que en el caso bajo estudio, la administración del régimen de ahorro
individual con solidaridad deudada, incurre en el deber que impone el artículo
147 del Código General del Proceso, (aplicable por consistir expresamente el artículo 147 del
Código Proceso del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostro haber estado al
ocasionar el momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta,
completa y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias,
ventajas y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los
efectos de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con
solidaridad, tal como lo advierte en la presente ley.

Lo anterior se verifica en que la característica fundamental para la selección de
régimen pensional es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, como se
dispone el artículo 147 del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente el artículo 147
debe disponer las condiciones para el traslado, al garantizar que la selección de dicho
régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el
artículo 147 de la misma ley, señala, en relación con sanciones penales para
quienes no cumplan con el deber de afiliación o selección, que el deber de afiliación o
selección es un deber de carácter obligatorio, que no puede ser eludido por el afiliado.

En consecuencia, al haberse producido el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que se haya cumplido con el deber de información clara, cierta, completa y oportuna, se debe considerar que el traslado no fue libre y voluntario, por lo tanto, no es válido.

dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados

recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

CASO CONCRETO

Está demostrado que la demandante es beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad, así se colige de la copia de cédula de ciudadanía de folio 2, que da cuenta que su natalicio ocurrió el 5 de diciembre de 1958, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 35 años de edad. De otro lado, conforme al certificado de información laboral de folio 5 emitido por la Fiscalía General de la Nación se tiene que la accionante prestó sus servicios a esa entidad desde el 1° de noviembre de 1992 y que en el periodo comprendido entre esta data y el 30 de noviembre de 1998, los aportes fueron realizados a Cajanal, por lo que alcanzó a cotizar un poco más de 300 semanas a dicha Caja f.° 35 a 40).

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, se encuentra probado que ello ocurrió el 15 de septiembre de 1999, pues así se observa en formulario de afiliación a la AFP Porvenir SA (f.° 132), el que se hizo efectivo en el mes de noviembre de 1999 según reporte de Asofondos (f.° 115).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante, manifestó que es abogada y se desempeña como fiscal. Dijo que no tuvo ninguna motivación especial para trasladarse de régimen, simplemente se presentó el traslado masivo a los fondos y para la época los asesores iban y se sentaban en los puestos de trabajo, con una información escueta, sin dar una verdadera orientación, ni realizar proyección alguna. Precisó que, si bien es abogada, trabaja en un área del derecho distinta que no le permitía tener certeza sobre las condiciones del traslado.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP Porvenir S.A**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del

Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, del interrogatorio de parte surtido a la demandante ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para quedar mejor pensionada, o la referencia que podrían acceder a los recursos de la cuenta individual sus hijos y que el seguro social se iba a acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP PROTECCIÓN S.A. a la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado tal como acertadamente concluyó el Juez de conocimiento.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo

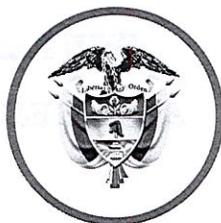
y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

En ese horizonte, en mi criterio si resulta procedente confirmar la decisión analizada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la promotora del juicio.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **OLGA MARÍA DOMÍNGUEZ SALCEDO** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 029 2019 00227 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, nuevamente se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2019, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, de manera principal que se declare probado el estado de multiafiliación al sistema de seguridad social en pensiones por estar vinculada simultáneamente en el régimen de prima media con prestación definida y en el régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se reconozca su legítima afiliación a Colpensiones desde el 2 de octubre de 2008, en aplicación de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica, respeto al acto propio y buena fe.

Subsidiariamente, pidió que se declare la ineficacia del traslado a la A.F.P. Porvenir S.A., por consiguiente, se decrete la nulidad del mismo, y se condene a dicho fondo a trasladar a Colpensiones sin descuento alguno, los aportes efectuados, los rendimientos, su historia laboral y toda la información que reposa erróneamente en Porvenir; así mismo, se ordene a Colpensiones, reintegrarla al RPM por ser beneficiaria del régimen de transición (f.º 54-57).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, indicó que nació el 5 de diciembre de 1958, por lo que, por edad, a 1.º de abril de 1994 era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; presta sus servicios a la Fiscalía General de la Nación desde 1992; estuvo afiliada a Cajanal desde el 1.º de noviembre de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1998; se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 1.º de diciembre de 1998, donde permaneció hasta el 30 de octubre de 2008, cuando decidió de manera voluntaria retornar al régimen de prima media con prestación definida, mediante la cotización de los aportes a Colpensiones desde el 1.º de diciembre de 2008 al 30 de agosto de 2014, lo cual le generó confianza respecto de su afiliación a dicha entidad.

Adujo que el 1.º de septiembre de 2014, fue trasladada al R.A.I.S. de manera intempestiva y sin que mediara su consentimiento o solicitud, como tampoco alguna explicación por parte de Porvenir S.A.; el 1.º de diciembre de 2017, solicitó a Colpensiones normalizar su estado de afiliación, lo cual fue negado en dos oportunidades; el 19 de diciembre de 2018, imploró a Porvenir la normalización de su estado, pero tampoco accedió; el último traslado al R.A.I.S. efectuado en el año 2014, se dio sin su consentimiento informado, por lo que el fondo incumplió de esta manera los deberes frente al consumidor financiero y vulnera su derecho a la seguridad social y a la libre escogencia del régimen pensional (f.º 51-55).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 2 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 80).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones y en su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa y título para pedir; cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (f.º 95-102).

Porvenir S.A., también se opuso al éxito de las pretensiones, y formuló como excepciones las denominadas prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo (f.º 103-112).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 97, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 22 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación realizada el 15 de septiembre de 1999 a Porvenir S.A., por lo que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al R.A.I.S. y por lo mismo, siempre permaneció en el R.P.M.; condenó a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiese recibido como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración sin lugar a descuento alguno, y a su vez, ordenó que esta última entidad reciba todos esos valores y gastos de administración, y proceda a actualizar la historia laboral de la demandante, y se abstuvo de imponer costas a las partes.

Motivó la decisión, en que la demandante no se encuentra incurso en ninguno de los supuestos de la multiafiliación; y que la A.F.P. Porvenir S.A., no brindó la información necesaria que le permitiera a la actora tomar una decisión informada, incluso por el hecho de ser una profesional del derecho (f.º 151 a 153).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. argumentó que la accionante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación sin ningún tipo de apremio, aunado a que es abogada por lo que no es de recibo que manifieste que simplemente recibió una asesoría escueta y si tenía dudas, ante las mismas debió consultar. Sostuvo, que el deber de información sólo vino a establecerse en el año 2004, por la Superintendencia Financiera, cuando se ordenó documentar la asesoría; que en dicho año la A.F.P. emitió comunicados en periódicos nacionales informando sobre las condiciones del traslado para esa época; no se demostró la existencia de ningún vicio del

consentimiento. En cualquier caso, no hay lugar a devolver los gastos de administración, pues estos hacen parte de la gestión que efectuó el fondo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 5 de diciembre de 1958 (f.º 2); **ii)** en calidad de servidora pública de la Fiscalía General de La Nación, se afilió y cotizó a Cajanal entre el 1.º de noviembre de 1992 y el 30 de noviembre de 1998 (f.º 5); **iii)** que el 15 de septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A. (f.º 114, 132), con efectividad desde noviembre de 1999 (f.º 115), donde se encuentra actualmente vinculada con un total de 932 semanas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 42 a 50, 117 a 126 y la certificación de f.º 41 y 113.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurre precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad afiliado’, de la solicitud de vinculación o traslado a la A.F.P. Porvenir S.A. n.º 01243033 diligenciado el 15 de septiembre de 1999, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como trabajadora: *«Hago constar que **realizo de forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual, **habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión,** así mismo he seleccionado a Porvenir SA, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.*

Igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud» (f.º 114, 132).

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413 de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir S.A. fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que a pesar de que es abogada, no recuerda haber leído el formulario de afiliación a Porvenir S.A., pero impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, luego de la información escueta suministrada por parte del asesor de ese fondo en su puesto de

trabajo de la Fiscalía General de la Nación, aunque no recuerda si tuvo dudas al respecto; y que hasta el año 2008, cuando se acercaba a su edad para pensionarse, comenzó a sentir que las condiciones del R.A.I.S. no eran las adecuadas para ella, pero no elevó ninguna solicitud a Porvenir S.A., para que le aclarara sus dudas, sino que se trasladó al I.S.S., en esa época.

Sin embargo, el hecho de que la demandante considere que información recibida hubiera sido escueta, no implica un engaño, pues en este caso en específico se considera que con la manifestación 'preimpresa' en el formulario de afiliación ya reseñado, se acredita la suficiencia en la información brindada por Porvenir S.A., en cuando a las implicaciones del traslado de régimen, la pérdida del régimen de transición, y de haberle enterado acerca de su derecho al retracto, que aquí evidentemente la demandante no ejerció. En todo caso, la simple condición, de ser beneficiaria del régimen de transición por edad, no implica que deban acreditarse por las Administradoras de Fondos de Pensiones, condiciones especiales y excesivamente detalladas de asesoría, pero sí, que se brindó la información requerida para el traslado, lo que aquí quedó plenamente probado.

Lo anterior, denota la plena convicción que tuvo la demandante sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de las características propias del régimen pensional al que se estaba acogiendo, de modo que no se constituyó un ardid, tampoco se colige que hubiera tomado la decisión de manera inconsciente y maquinal.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque si bien la demandante fue beneficiaria del régimen de transición por edad, al contar a 1.º de abril de 1994 con 35 años, y un acumulado

en tiempo de servicios públicos cotizados en Cajanal, equivalentes a 73.71 semanas aproximadamente, lo cierto es, que si se tienen en cuenta las estrictas cotizaciones realizadas tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad, no se conservó tal prerrogativa, en la medida en que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, reunió solo 664.71 semanas de cotización al subsistema general de pensiones, insuficientes para completar la densidad mínima de 750 semanas, exigidas por la mencionada normativa.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

De modo que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la actora consideró que Porvenir S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron un monto de

su pensión que no estaría acorde con sus aspiraciones, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los fondos de pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir el formulario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P. Porvenir S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artimañas o tretas para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la

demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Porvenir S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345-2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco, se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1999, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

Y respecto de la ineficacia, en sentido estricto de que no se requiere declaración judicial, se refiere es a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes respecto de la nulidad.

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada a la demandante, lo

cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió, de modo que la información ofrecida por Porvenir S.A. a la demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la llevó a continuar afiliada al régimen de ahorro individual por aproximadamente 20 años.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que la demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que la demandante es una persona que se encuentra *ad portas* de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024-2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario,

admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo 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, ...”.

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401-2016 cuando expuso:

“...los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

Así mismo, en la sentencia C-083-2019, señaló que:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión

permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual, y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario, no unificado, en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada

de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional y sólo realizó una solicitud a Colpensiones hasta el 2 de octubre de 2008 (f.º 6), cuando ya se encontraba inmersa en dicha prohibición, pese a que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 133, 134).

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el régimen de prima media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 15 de septiembre de 1999, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de Decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se probaron los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas.

Por lo anterior, como en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad,

por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones subsidiarias incoadas en su contra.

Finalmente, es de anotar, que el traslado el traslado de régimen pensional surtido en septiembre de 1999 a la A.F.P. Porvenir, se produjo con el lleno de los requisitos que estatuye la ley de seguridad social, ya que no se vulneraron los tiempos legales de permanencia mínima, ni se dieron en manera alguna, los presupuestos de una multifiliación de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, aunado a que de los reportes de semanas, historia laboral consolidada y la relación de aportes de Porvenir, tampoco se presentó una situación de múltiple vinculación con Colpensiones, al tenor de lo dispuesto en los Decretos 3800 de 2003 y 3995 de 2008, que establecen un ámbito de aplicación temporal restringido, pues en distintas épocas la demandante estuvo afiliada al de prima media con prestación definida y al sistema de ahorro individual con solidaridad, respetando, se itera, los términos de permanencia mínima.

Lo que sucedió con el traslado de régimen pensional que la demandante pretendió realizar el 2 de octubre de 2008, con el fin de regresarse del régimen de ahorro individual al entonces I.S.S. (f.º 6), es que esta solicitud no se ejecutó con apego a la ley, en la medida en que para esa época ya había superado el término establecido en el literal e) del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de modo que la demandante, quien contaba en esa época con 49 años de edad, estaba inmersa en dicha prohibición, como se indicó en líneas anteriores, dado que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima pensional.

De ahí que, los aportes que se hubieran podido efectuar en su nombre al régimen de prima media con prestación definida por parte

de la Fiscalía General de la Nación, como su empleadora, no podían ser recibidos por parte de Colpensiones, al no haber sido una afiliación legal, por ese motivo, dicha entidad devolvió tales cotizaciones a la administradora de fondos de pensiones a la que la demandante se encontraba válidamente afiliada (f.º 37, 38 CD f.º 91), lo cual fue correcto según previsto en el artículo 10.º del Decreto 1161 de 1994; máxime cuando la demandante, no contaba con un equivalente a 15 años de servicios cotizados al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es, a 1.º de abril de 1994, conforme lo dispuesto en sentencia SU-062-2010 de la Corte Constitucional, ya que solo tenía 73.71 semanas cotizadas a Cajanal.

Así las cosas, como tampoco resulta viable acceder a las pretensiones principales de la demanda, al no acreditarse un error protuberante de aplicación de la ley, ello trae como consecuencia, la **absolución** de las demandadas, frente a la totalidad de los pedimentos de la actora, quien no conservó la transición a la que hace alusión el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **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:

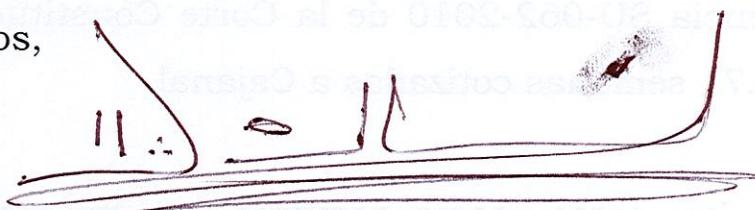
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 22 de noviembre de 2019, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE**

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de las pretensiones principales y subsidiarias incoadas por **OLGA MARÍA DOMÍNGUEZ SALCEDO**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

(Con salvamento de voto)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JULIO CESAR ORJUELA CUBILLOS** contra **LA EMBAJADA DE CANADÁ.**

EXP. 11001 31 05 038 2017 00644 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 23 de enero de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara que entre él y la Embajada de Canadá existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de junio de 1990 hasta el 20 de octubre de

2014, y que la demandada dio por terminada la relación laboral sin justa causa. Consecuencialmente, que se condenara al pago de la indemnización por despido sin justa causa, y de los derechos que se demostraran en el proceso de acuerdo con los principios ultra y extra petita. Subsidiariamente, que se declarara que la terminación del contrato de trabajo no produjo efecto jurídico alguno; y en consecuencia, se condenara al reconocimiento y pago de los salarios dejados de cancelar desde el 20 de octubre de 2014 hasta la fecha en que la demandada de cumplimiento al pago de las cotizaciones por concepto de los derechos parafiscales, y conforme al último salario devengado, esto es la suma de \$5.336.319.16.

Para el efecto, manifestó que se vinculó a la Embajada de Canadá mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de junio de 1990 hasta el 20 de octubre de 2014; que el último salario que devengó fue de \$3.579.382; que el salario que tuvo en cuenta la demandada para la liquidación de prestaciones sociales fue de \$5.336.319.16; que el 3 de octubre de 2014, la embajadora de Canadá, Carmen Sylvain, le comunicó que se iniciaría una investigación en su contra por denuncias relacionadas con presuntas faltas que podrían comprometer la seguridad del Jefe de Misión, y por realizar comentarios inapropiados y discriminatorios sobre varias personas de la entidad; que por este motivo, fue enviado a licencia administrativa paga el lunes 6 de octubre de 2014; que el 20 de octubre de 2014, le fue notificada la decisión adoptada por la entidad de dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa; que la demandada justificó su decisión en dos causales: la primera, que reveló información relacionada con la seguridad del Jefe de Misión en lo concerniente a los planes de ruta e itinerarios, por lo que desobedeció los protocolos de seguridad, y la segunda, que realizó comentarios discriminatorios a sus colegas contraviniendo el Código de Ética y Valores - DFATD; que en la carta de terminación de

contrato de trabajo la entidad le indicó que había quebrantado los numerales 4.º y 6.º del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo; que nunca fue citado a diligencia de descargos por lo que se le violaron sus derechos a la defensa y contradicción de las pruebas que presuntamente fueron recaudadas en su contra; que de forma reiterada la demandada le negó la solicitud de dichas pruebas con fundamento en que en el artículo 24 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas esta establecido que *“los archivos y documentos de la misión son siempre inviolables donde quiera que se hallen”*; que el 31 de octubre de 2014, presentó recurso de queja contra la decisión de terminación del contrato de trabajo, y solicitó que se reconsiderara la misma, toda vez que no conoció las pruebas recaudadas en su contra; que el 19 de noviembre de 2014, la demandada rechazó solicitud, y que el 23 de febrero de 2015, confirmó esta decisión; que el 11 de agosto de 2015, presentó acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia para pedirle a la demandada que resolviera las solicitudes de documentos; que el 29 de septiembre de 2015, en auto radicado bajo el n.º 409000 ATL 58 - 01 se rechazó la acción de tutela instaurada; que el 18 de marzo de 2016, presentó acción de tutela contra dicha providencia; que mediante sentencia de 7 de abril de 2016, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió dejar sin efecto la misma; que el 19 de julio de 2016, en acatamiento del fallo anterior, la Corte Suprema de Justicia admitió la tutela; que el 3 de marzo de 2016, dicha corporación denegó el amparo solicitado; que el 7 de septiembre de 2016, presentó impugnación; que el 10 de noviembre de 2016, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal resolvió conceder el amparo constitucional solicitado, y ordenó al representante legal de la Embajada de Canadá que en un lapso de 5 días contados a partir de la notificación de la providencia procediera expedir las copias que solicitó el 31 de octubre de 2014; que presentó incidente de desacato por cuanto la embajada no cumplió con lo ordenado; que el 24 de marzo de 2017, la Sala

Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió declarar que la demandada si cumplió con la sentencia de tutela STP16458 - 2016; que jamás fue afiliado a una Caja de Compensación Familiar; que a la finalización del vinculo laboral la demandada no le informó por escrito dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato el estado de pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos 3 meses anteriores a dicha decisión, y que como no se dio cumplimiento al parágrafo primero del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la terminación no produjo efecto jurídico.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de octubre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 42).

LA EMBAJADA DE CANADÁ, se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Alegó en su favor, que la terminación del contrato de trabajo del actor fue con justa causa debidamente comprobada y consecuencia de su negligencia, y mala conducta, toda vez que reveló información relacionada con la seguridad del jefe de la misión diplomática, e incurrió en contravenciones al Código de Ética y Valores - DFAT al hacer comentarios discriminatorios de sus colegas en la oficina. De otra parte, aseveró que canceló de manera oportuna la totalidad de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social del demandante, sin que fuera procedente el pago de obligaciones parafiscales como quiera que le aplica la exención de pago de los mismos prevista en el artículo 23 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido y pago, buena fe, prescripción y compensación (f.º 147 - 161).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 23 de enero de 2020, condenó a la Embajada de Canadá a pagarle al demandante la indemnización por despido sin justa causa en cuantía de \$174.220.939.50; declaró no probada las excepciones propuestas respecto de la condena infligida, y la condenó en costas.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si al demandante le asistía el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002.

Al respecto, señaló que en reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que le corresponde al trabajador acreditar la circunstancia del despido, y a la contraparte acreditar las justas causas en las que habría incurrido el trabajador, ello para eventualmente eximirse del reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Estimó, que conforme al acervo probatorio allegado al proceso, efectivamente se acreditó el hecho del despido con la carta de terminación de contrato de trabajo de fecha de 20 de octubre de 2014 (f.º 38 - 40), en la que se aludieron como motivos para dar por finalizada la relación laboral, actos de negligencia y mala conducta por parte del actor, al revelar información relacionada con la seguridad del jefe en misión, esto es, una violación a los protocolos de bioseguridad, y el haber realizado comentarios discriminatorios de los colegas de la oficina, en contravención del Código de Ética.

Verificó, que la demandada no logró acreditar las justas causas en las que incurrió el trabajador por cuanto no eran claras las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas desplegadas por el actor, y que si bien los documentos de la investigación administrativa del actor gozaban de reserva, motivo por el que no fueron aportados al plenario, no implicaba que debiera per sé creer la versión de la entidad, toda vez que las conductas podían acreditarse por otros medios como por ejemplo, el documento contentivo de los protocolos de seguridad que presuntamente se omitieron, y con las declaraciones de los colegas afectados con los comentarios discriminatorios del trabajador que tampoco se surtieron dentro del proceso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia de primera instancia en su totalidad. Adujo, que no se podía señalar que no se lograron probar las justas causas en las que incurrió el actor para dar por terminado el contrato de trabajo, por cuanto en la carta de despido se estableció de forma clara que el demandante había incurrido en las conductas descritas en los numerales 4.º y 6.º del artículo 62 del Código Sustantivo del trabajo, aunado al hecho de que la misma se expresó que la decisión obedeció no solo a la violación de los protocolos de seguridad sino también a los tratamientos discriminatorios con los colegas, conductas reconocidas por el mismo demandante en las cartas del 3 y 17 de octubre de 2014, y en el acta de descargos firmada por él.

De otra parte, señaló que el despacho tuvo como válido el testimonio de la señora Claudia Castellanos quien, bajo la gravedad de juramento, confirmó la existencia de todas las conductas desplegadas por el demandante, dio fe de la existencia de los

documentos reservados de la Embajada, que se tomaron declaraciones de compañeros de trabajo que habían sido objeto de trato discriminatorio por parte del actor, y que el trabajador conversaba con sus familiares y conductores de otras embajadas por celular mientras estaba trabajando pese a estar prohibido.

Finalmente, señaló que pese a que el demandante afirmó que nunca se le indicó cuales fueron los motivos de despido tanto en la citación que se le hizo el 3 de octubre de 2014, como en las preguntas que fueron realizadas quedó plenamente probado que los mismos si le fueron indicados.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandante, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá como problema jurídico verificar si la demandada logró acreditar o no, las justas causas para despedir al demandante.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que **i)** el demandante prestó sus servicios a la demandada, mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de junio de 1990 hasta el 20 de octubre de 2014; **ii)** que se desempeñó en el cargo de conductor (f.º 27 - 29), **iii)** y que la empresa decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo (f.º 38 - 40).

En reiterada jurisprudencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justificación del mismo. En sentencia SL-4547 de 2018, dicha corporación estableció que una vez probado el hecho del despido, como en efecto sucedió en el presente caso, como quiera que el demandante aportó la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo firmada por la embajadora de Canadá, la señora Carmen Sylvain (f.º 38 - 40), a la parte accionada le corresponde acreditar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral. En la misma providencia, se expuso lo siguiente: *“No basta con comunicar los motivos que llevan a finalizar unilateralmente el contrato laboral, dado que para que un despido se repunte justo el empleador debe documentar la falta atribuida al subordinado y recaudar todo el acervo probatorio que sustente debidamente su ocurrencia. De lo contrario, fallará en la labor demostrativa que le incumbe en el escenario judicial y las imputaciones en las que fundamentó la rescisión contractual quedarán como simples señalamientos sin confirmación.”*

Así las cosas, en la misiva mediante la cual se terminó unilateralmente el contrato de trabajo (f.º 38 - 40), la demandada adujo los siguientes motivos:

“Al revisar la información relacionada con la seguridad del Jefe de Misión, específicamente los planes de ruta e itinerarios, usted desobedeció los protocolos de seguridad. Además, los resultados de la investigación también confirmaron que usted hizo comentarios discriminatorios de sus colegas de la oficina, contraviniendo el Código de Ética y Valores - DFATD. A la luz de su contravención de los protocolos de seguridad establecidos y la violación del Código de Ética y Valores DFATD, la terminación de su contrato es justificada.

(...)

Dicha decisión también tiene como sustento los numerales 4 y 6 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, además de las obligaciones y prohibiciones previstas

en el contrato de trabajo, las circulares, memorandos y reglamentos de la Embajada de Canadá.”

Ahora bien, estima la sala que la parte demandada no logró acreditar las faltas atribuidas al trabajador, pues aún cuando en la carta de terminación del contrato de trabajo se expresó que la decisión fue tomada en consideración de la investigación administrativa, y los elementos que surgieron durante la diligencia de descargos, tal aseveración carece de demostración, pues como bien lo adujo el *a quo*, no obra dentro del expediente prueba alguna que de cuenta de la realización ni de dichos trámites ni de las conductas endilgadas al actor, por cuanto la demandada adujo que conforme a lo establecido en el artículo 24 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas *“Los archivos y documentos de la misión son siempre inviolables donde quiera que se hallen”*.

Empero, observa la sala que en el expediente reposan documentos provenientes de la Embajada de Canadá, como lo es la carta de 3 de octubre de 2014, mediante la cual se sanciona al demandante con suspensión de un día sin salario (f.º 169); la carta de despido (f.º 38 - 40); carta de ofrecimiento del cargo al demandante de fecha de 11 de junio de 1990 (f.º 48 - 50); otrosí al contrato de trabajo del 1.º de junio de 2011 (f.º 30 - 31), y carta de 3 de octubre de 2014, en donde se le informa al demandante del inicio de una investigación en su contra por las conductas aducidas por la demandada para despedirlo (f.º 33), sin que sea claro entonces por qué estos documentos si pudieron ser aportados al presente proceso, pese a ser también archivos y documentos de la misión, y otros no, como lo es el documento contentivo de la diligencia de descargos y de las declaraciones de los testigos que se surtieron al interior de la investigación iniciada al demandante.

Igualmente, observa la sala que la demandada aportó como prueba un correo electrónico dirigido a “Cote Steve -Bogotá- AG AM GOULET. CINDY”, de fecha de 1.º de octubre de 2014 (f.º 171 - 172) que contiene la siguiente información:

“Steve, para su información describo a continuación la secuencia de incidentes encontrados en el expediente de Julio”

1. *TOS: Junio 11 de 1990. (Conductor/Mensajero).*
2. *Agosto 22, 1990: Llamado de atención escrito por llegar tarde al trabajo y en mala condición mental y física.*
3. *Mayo 20, 1994: Llamado de atención escrito falta de mantenimiento al vehículo.*
4. *Marzo 1, 1998: Nombrado Conductor HOM.*
5. *Julio 17, 2001: Suspensión sin paga por un día (falta de mantenimiento del vehículo)*
6. *Octubre 13 y 14, 2004: Suspensión sin paga por 2 días (Incidente con HOM Duval - se involucró a la vigilancia).*
7. *Febrero 27, 2007: Suspensión sin paga por 1 día (Violación de las políticas NAUP - descargar y distribuir pornografía)*
8. *Abril 7, 2009: Reunión de evaluación de desempeño con HOM des Rivéres - Falta de iniciativa, falta de mantenimiento del vehículo, reticencia a aceptar tareas adicionales, comentarios otros conductores.*
9. *Marzo 15, 2011: Llamado de atención escrito de HOM des Rivéres por mala conducta (se involucró a la vigilancia de HOM).”*

Si bien este documento enlista ciertas conductas cometidas por el actor en los años laborados para la Embajada de Canadá, lo cierto es que las mismas no se enmarcan en las causas esgrimidas por la demandada en la misiva de 20 de octubre de 2014, pues ni siquiera se menciona la conducta relacionada con la violación de los protocolos de seguridad, y la referente a los comentarios que presuntamente hacía el demandante a los trabajadores de la Embajada, data es del 7 de abril de 2009.

Al respecto, es necesario anotar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al establecer la regla de inmediatez para alegar la causal de despido. Así, en sentencia SL - 3108 de 2019, enunció lo siguiente:

“La regla de la inmediatez entre la comisión de la falta y la reacción ante la misma, obliga al empleador a actuar con prontitud y celeridad, ya sea para sancionar al trabajador o despedirlo. De no hacerlo en un tiempo razonable, se entiende que dispensó o perdonó la falta cometida por el trabajador. Por consiguiente, si luego de transcurrido este tiempo considerable desde la ocurrencia del hecho, el empleador decide dar por terminado el contrato de trabajo con base en aquel, es dable entender que su determinación obedeció a otro motivo y no a la comisión de la falta propiamente dicha. Es decir, la regla de la contemporaneidad evita que, bajo el pretexto de sancionar o castigar una falta pretérita, el empleador despida al trabajador por causas distintas.”

Ahora bien, teniendo en cuenta que la carta de despido es del 20 de octubre de 2014, y la única prueba indicativa de las conductas cometidas por el actor es el correo que se citó con antelación, es claro para esta sala que no medió el principio de inmediatez entre la comisión de la falta y la reacción de la misma, como quiera que transcurrieron 5 años desde el 7 de abril de 2009, fecha en la que presuntamente el demandante hizo comentarios respecto de sus compañeros y la fecha en que la Embajada tomó la determinación de despedir al trabajador, esto es, un tiempo considerable como para inferir que la demandada perdonó las faltas cometidas por el actor.

Respecto de la aseveración hecha por el apelante, de que con el testimonio practicado a la señora Claudia Castellanos se podía corroborar que el actor si cometió las faltas señaladas en la carta de despido, al analizar de manera detallada la misma, encuentra la sala que le asiste la razón al *a quo* de que en dicha declaración no se revelaron nombres ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieran cuenta de la comisión de las conductas alegadas por la

demandada, por cuanto la señora Castellanos se limitó a enunciar las justas causas que ocasionaron el despido del demandante, que los documentos de la Embajada son de carácter reservado por lo que no podía informarle al despacho los trabajadores que testificaron dentro de la investigación iniciada al actor, que no estuvo en la diligencia de descargos, y que conoció de las faltas cometidas por el actor sin indicar en cuando y donde sucedieron. Por ende, dicha prueba resulta insuficiente para generar el pleno convencimiento de que efectivamente se materializaron las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante.

De lo que se colige entonces, que la demandada omitió documentar las faltas atribuidas al demandante al abstenerse de presentar el acervo probatorio que sustentara que efectivamente este incurrió en las conductas señaladas en la carta de fecha de 20 de octubre de 2014, por lo que las justas causas aducidas constituyen simples señalamientos.

Así las cosas, como ninguna de las pruebas obrantes en el proceso ratifican la existencia de una justa causa para la terminación del contrato de trabajo del actor, y al contrario, ratifican que la terminación de la relación laboral del actor se dio por cancelación del contrato, y no por justa causa habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

[Signature]

DAVID A. J. CORREA STER

[Signature]

ANGELA LUCIA MURILLO VARELA

[Signature]

HERNANDEZ MARCELO OLIVEROS MONTA

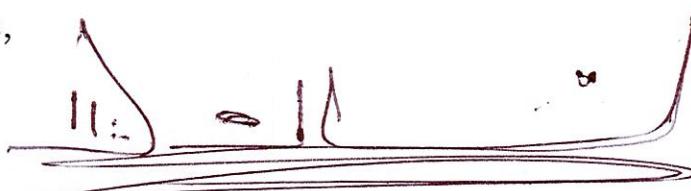
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de enero de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Clarina Guerrero Fajardo
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 039 2018 00170 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado al accionante al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo advertí en la ponencia inicial.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4° Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a*

DECLARACIÓN DE VOTO

Elaborada por el Centro de Estudios
Legislativos y Políticos
del Parlamento Europeo

La presente declaración de voto se refiere al artículo 147 del Código General del Proceso, (aplicable por razón expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), que no demuestra haber brindado al accionante el momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiría conocer el status de afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo advierte en la presente inicial.

Lo anterior, se advierte en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, igualmente, el artículo 147 del Código General del Proceso dispone que las solicitudes para la afiliación al pensionado que se selecciona de dicho régimen de pensiones de prima media con solidaridad se aceptan y sin condiciones. Por su parte, el artículo 145 del Código General del Proceso dispone que el momento de la afiliación o con posterioridad, el afiliado debe haber sido informado de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiría conocer el status de afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo advierte en la presente inicial.

En consecuencia, se solicita al juez de lo contencioso administrativo, declarar la nulidad del acto administrativo que se pretende impugnar, por haberse vulnerado el artículo 147 del Código General del Proceso, en el momento de la afiliación o con posterioridad, al régimen de ahorro individual con solidaridad.

dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados

recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado de conformidad con la copia de cédula de ciudadanía de folio 16, que la demandante nació el 3 de enero de 1966, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 28 años, además, a dicha data contaba aproximadamente con 126 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, según reporte allegado a folio 103, razón por la cual la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y tiempo cotizado.

Una vez revisado el formulario de folio 95, se advierte que la demandante solicitó el traslado del ISS a la AFP Porvenir el 28 de marzo de 1996, el cual se hizo efectivo el 13 de junio del mismo año, según reporte de Asofondos de folio 127.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante, manifestó que en la empresa donde laboraba unos asesores de Porvenir S.A., les dieron a conocer la creación de los nuevos fondos, que el instituto de los seguros sociales se iba a acabar y la obligación de pasarse, cuya reunión duro 15 o 20 minutos. Que la razón que la motiva a retornar al ISS es que se ha dado cuenta que los asesores omitieron información en su momento de como iba a ser sus condiciones para pensionarse.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la **AFP Porvenir S.A.**, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por

ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, del interrogatorio de parte surtido a la demandante ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para quedar mejor pensionada o la referencia que el seguro social se iba a acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

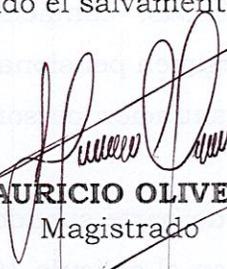
En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado, por lo que se confirma la decisión de primera instancia.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

En ese horizonte, en mi criterio si resulta procedente confirmar la decisión analizada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la promotora del juicio.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLARINA GUERRERO FAJARDO** en contra de **COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 039 2018 00170 01.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, nuevamente se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la existencia de un vicio del consentimiento que indujo en error al momento de firmar el formulario de traslado de régimen al de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., por tanto, es nulo o inválido dicho acto o la afiliación, y que para todos los efectos pensionales continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. devolver los aportes allí realizados a Colpensiones, quien a su vez debe recibirla en calidad de afiliada (f.º 3, 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 3 de enero de 1966 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde 1989 hasta comienzos de 1996, cuando efectuó el traslado de régimen, luego de una charla sostenida con un promotor del fondo privado en su sitio de trabajo junto con otros compañeros, en la que le informaron que el I.S.S. se acabaría y les dieron a conocer la Ley 100 de 1993; sin embargo, nunca la indicaron las ventajas y desventajas del cambio de régimen, como tampoco hizo el “balance” del valor aproximado de la pensión que recibiría en la A.F.P. Porvenir S.A. y en Colpensiones, por lo que omitió la obligación de prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a su calidad previsionales; ni le mencionó las desventajas y consecuencias que implicaría el cambio. Sostuvo, que en el régimen de prima media su pensión ascendería a \$2.562.940, mientras que en Porvenir sería de \$832.600, por lo que solicitó a Colpensiones y Porvenir, la nulidad del traslado el 6 y el 20 de diciembre de 2017, respectivamente (f.º 4, 5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 21 de junio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 64).

Porvenir S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 68-75).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, la buena fe y la prescripción (f.º 99-102).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 96, 97).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de octubre de 2019, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual a través de Porvenir S.A.; en consecuencia, ordenó a Porvenir S.A., transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos y comisiones de administración sin realizar descuento alguno por concepto de seguros de pensión de invalidez y sobrevivientes. Igualmente, dispuso que Colpensiones reciba dichos recursos y a reactive la afiliación al régimen que administra, declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo de

Porvenir S.A.

Sustentó su decisión, en que Porvenir S.A. no probó el deber de información o la debida asesoría efectuada a la demandante al momento de realizar el traslado, lo cual no logra verificarse en el formulario ni del interrogatorio de parte (f.º 130-134).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir S.A., sostuvo que existe una restricción legal del traslado conforme el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, sin que exista una justificación válida para omitir dicho precepto; aunado a que la afiliación de la demandante es válida por cumplir con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico de acuerdo con el contexto histórico vivido en el momento del traslado; no se tuvo en cuenta que para la demandante le es más benéfico quedarse en el R.A.I.S., porque cotizó en los últimos años con un I.B.C. que le permite acceder a una mejor pensión, respecto de lo cual la administradora no tiene injerencia o culpa alguna, en todo caso, la decisión tomada atenta contra la seguridad jurídica; agregó, que no es viable aplicar la jurisprudencia reseñada por el juzgado, por no corresponder a casos análogos, y porque la demandante no tiene una expectativa legítima. No está de acuerdo con la devolución de los gastos de administración, porque ha custodiado con debida diligencia los dineros, y conforme al principio de legalidad se deben aplicar las reglas probatorias, incluso frente a negaciones indefinidas.

Colpensiones, también apeló con el argumento de que no resultan aplicables las sentencias de la Corte Suprema de Justicia mencionadas por la *a quo*, porque son casos diferentes, en tanto que se les generaba una consecuencia gravosa, que no ocurre en el presente caso; no es viable indicar que la carga de la prueba recaiga

en Colpensiones, al no haber motivado el cambio de régimen pensional, por ende, dicha carga le corresponde a la demandante. No se tuvo en cuenta que con la decisión se pone en riesgo la sostenibilidad del sistema pensional.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 3 de enero de 1966 (f.º 74); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 31 de marzo de 1991 hasta el 31 de julio de 1997, 224.29 semanas (f.º 103 y CD f. 109); **iii)** que el 28 de marzo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de mayo de 1996 (f.º 77, 95), donde actualmente se encuentra vinculada con un total de 1261 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 44 a 50, 79 a 89 y la certificación de f.º 77.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente, si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’ de la solicitud de vinculación n.º 710554 diligenciado el 28 de marzo de 1996, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: «Hago constar que **realizo en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.» (f.º 95).

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL19447 y SL17595 de 2017, SL4964 y SL413 de 2018, SL1688, SL1451, SL1452 y STL1677 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante, el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante quien contaba con 28 años de edad para el 1º de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 123 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, la demandante contaba con 28 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 29 años para cumplir la edad de 57 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a Porvenir S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber diligenciado campo a campo y haber leído el formulario radicado ante Porvenir S.A., y luego de que recibió asesoría por parte de unos asesores de dicha sociedad, en la oficina en donde trabajaba para esa época, quienes le indicaron que el I.S.S. se liquidaría; admitió que recibe regularmente los extractos emitidos por Porvenir y que solo decidió regresar a Colpensiones, cuando le dijeron que si se pensiona con Porvenir, su monto sería de \$810.000 mensuales. Manifestaciones estas, que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por la demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al régimen de ahorro individual con solidaridad pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional, etc., situaciones estas que son excluyentes del régimen de prima media con prestación definida, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el régimen de prima media o de retornar a él, al pernoctar en el R.A.I.S. por más de 20 años.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que la actora consideró que Porvenir S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliada. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los fondos de pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de

suscribir el formulario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *ídem*.

Tampoco, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P. Porvenir S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el

artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-345-2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdesse que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1996, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que la demandante se vinculó a ella.

Y respecto de la ineficacia, en sentido estricto de que no se requiere declaración judicial, se refiere es a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes respecto de la nulidad.

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las administradoras de pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que se le entregó asesoría.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452, SL1688 y SL1689 últimas de 2019, entre otras), reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada a la demandante, lo cual se corrobora con la exposición realizada en el interrogatorio de parte que absolvió, por lo que la información ofrecida por Porvenir además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, la actora, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre la llevó a continuar afiliada al régimen de ahorro individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el

demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que la demandante es una persona que se encuentra *ad portas* de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024-2004, cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo 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, ...”.

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401-2016 cuando expuso:

“...los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

Así mismo, en la sentencia C-083-2019, señaló que:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual, y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario, no unificado, en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional, aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 93, 94).

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el régimen de prima media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad por los aportes, aportes

voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 28 de marzo de 1996, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de Decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se probaron los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas.

Por lo anterior, como en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen

pensional surtido por la demandante, quien se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **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:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 15 de octubre de 2019, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, de todas las pretensiones incoadas por **CLARINA GUERRERO FAJARDO**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
(Con salvamento de voto)

[Handwritten signature]

DAVID A. J. CORREA STEER

[Handwritten signature]
ANGELA LUCIA MURRAY VARGAS

[Handwritten signature]
HERNAN MARIANO OLIVEROS MONTA

(Con salvamento de voto)