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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ CECILIA VILLAMIZAR ORTEGA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. (litisconsorte necesaria)

Bogotá D. C., Treinta (30) días de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada el 14 de abril de 2021 por el Juez Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se negó el pago del retroactivo de la pensión de vejez reconocida a la demandante en la modalidad de renta vitalicia.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ CECILIA VILLAMIZAR ORTEGA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene el pago del retroactivo de la pensión de vejez causado entre el 5 de diciembre de 2005 y el 5 de febrero de 2018, fecha a partir de la cual le fue reconocida, con intereses de mora o indexación. Afirmó que nació el 4 de mayo de 1946, por lo que cumplió 55 años en 2001. El 24 de noviembre de 2005 informó a la demandada su voluntad de no seguir cotizando. El 5 de diciembre de 2005 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, fecha para la cual contaba con el capital suficiente para acceder a la

prestación. El 7 de septiembre de 2017 le informaron acerca de las gestiones para el cobro del bono pensional ante el FONCEP, y el 24 de febrero de 2018 le fue reconocido el derecho pensional en modalidad de renta vitalicia con una mesada de $1.211.388. Por haber transcurrido más de 13 años entre la solicitud y el reconocimiento, el 30 de noviembre de 2018 solicitó el retroactivo pensional, lo cual fue negado (ver demanda en folios 4 a 16).

Notificada la demanda fue contestada por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que la solicitud elevada por la demandante el 5 de diciembre de 2005 correspondió a una devolución de saldos y no a una pensión de vejez, prestación para la cual no contaba en ese momento con el capital necesario, conforme a lo cual se efectuó la devolución del saldo de $11.525.178 contenidos en su cuenta de ahorro individual el 25 de enero de 2006, y quedó pendiente el monto del bono pensional una vez fuera expedido, lo que ocurrió en 2017, momento en el cual la entidad, por error, procedió al reconocimiento pensional y contrató el servicio de renta vitalicia con SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., entidad que asumió el pago de las mesadas pensionales. Propuso como excepciones de mérito: *falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas*, *buena fe de la AFP Porvenir S.A.*, *prescripción*, *compensación* e *innominada o genérica* (ver contestación de folios 55 a 62).

Se vinculó al proceso como *litisconsorte necesaria,* SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., quien contestó por medio de apoderado. No manifestó oposición a las pretensiones de retroactivo por considerar que no se dirigían en su contra y se opuso a las pretensiones de pago de intereses moratorios e indexación, en tanto procedió a asumir el pago de la pensión de vejez en la modalidad de renta vitalicia conforme a la contratación efectuada y según las disposiciones legales vigentes. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción*; *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción y falta de legitimación en la causa por pasiva*; *buena fe*; *compensación*; *falta de legitimación en la causa e inexistencia de la*

obligación demandada e *innominada o genérica* (ver contestación de folios 152 a 155).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada el 14 de abril de 2021, a través de la cual el Juez Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO: Como consecuencia ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la llamada a conformar el litisconsorcio necesario SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante LUZ CECILIA VILLAMIZAR ORTEGA, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia. TERCERO: Las costas y agencias en derecho estarán a cargo de la parte demandante las cuales se casan en la suma de $500.000 pesos. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte accionante consúltese con el superior en los términos del artículo 69 CPTSS*" (CD 2, Min. 34:20).

Para tomar su decisión, el Juez consideró improcedente el pago del retroactivo reclamado, como quiera que el reconocimiento se efectuó una vez se contó con los dineros suficientes en la cuenta de ahorro individual de la demandante para el efecto, lo cual ocurrió una vez se redimió el bono pensional, lo que guarda relación con lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, sin que se evidencie que la demora en dicha redención obedeciera a negligencia de la AFP pues se generaron dificultades por inconsistencias en la historia laboral de la afiliada que se debían subsanar para la emisión del bono pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la demandante pidió que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Afirma que la prestación debió reconocerse en un plazo no mayor a 4 meses desde que la demandante elevó la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, conforme al artículo 9 de la Ley 797 de 2003, sin que fuera necesaria su desafiliación del régimen para empezar a disfrutarla, según el artículo 13 del Decreto 758 de 1990. Agregó que, en caso de no reconocer el retroactivo, se debió tener en cuenta el dinero de la devolución de saldos para la reliquidación de la mesada pensional (CD 2, minuto 26:28)[1].

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que el 24 de noviembre de 2005, la demandante

---

[1] *"Gracias su señoría, pues presento mi recurso de apelación contra la sentencia emitida por su Despacho, en ese sentido, en sentido de que pues como lo establece el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 el cual manifiesta la causación y disfrute de la pensión abro comillas, dice: La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero no será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma para su liquidación , igual se tendrá en cuenta la última semana efectiva a este riesgo. En concordancia con el artículo 9 parágrafo 1 inciso final de la Ley 797 del año 2003, dice que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a 4 meses, después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. En cuanto a que los fondos no podrán aducir que las diferentes … expedido el bono pensional a la cuota parte, queda demostrado en el plenario su señoría que la demandante, la señora Cecilia Villamizar pues solicitó el día 24 de noviembre del año 2005, radica ante la AFP Porvenir , uno su voluntad de no querer continuar realizando cotizaciones, a este fondo y posterior a ello solicita el reconocimiento de la pensión de vejez, es decir, teniendo en cuenta las facultades ultra y extra petita y que la señora Cecilia Villamizar cumple con los requisitos cabalmente en el año 2001 en cuanto a edad y semanas el derecho se le debió reconocer fue a partir de ese mismo momento. Se acredita con las certificaciones expedida por el fondo, que a ella se le vino a reconocer la pensión de vejez a partir del 22 de febrero del año 2018, entonces se está cobrando el retroactivo de los años a partir de los cuales ella tenía causado el derecho , en cuanto a qué Porvenir hizo caso omiso a eso, en ese sentido como lo manifiesto su señoría, teniendo en cuenta las facultades ultra y extra petita y no estando de acuerdo con el fallo emitido, le solicitó que en el evento de no reconocerse el retroactivo pensional por lo menos ese dinero o esa devolución de saldos debía haberse tenido en cuenta para la reliquidación de su mesada pensional, incrementando esta misma en un valor pues proporcional para zanjar los daños causados a mi poderdante por el retroactivo dejado de recibir, pues o se reconoce el retroactivo pensional o qué Porvenir realice una reliquidación demostrando también la mesada, a una mesada correspondiente y acorde con el dinero obtenido en el bono pensional. En ese sentido, esos son los reparos de este suscrito a la sentencia emitida su señoría, y pues presento mi apelación para que sea el honorable Tribunal Superior quien desate el recurso de alzada, muchas gracias su señoría".*

informó a la AFP su voluntad de no continuar cotizando a pensiones (folio 23); y (ii) que PORVENIR S.A. reconoció a favor de la demandante pensión de vejez, bajo la modalidad de *renta vitalicia,* a partir del 5 de febrero de 2018, en cuantía inicial de $1.211.3288 (folios 24, 27 y 125 a 127).

La entidad afirma que el 5 de diciembre de 2005 la demandante solicitó la *devolución de saldos*, y la entidad le entregó $11.525.178 por el saldo de su cuenta de ahorro individual el 25 de enero de 2006, y quedó pendiente el monto del bono pensional una vez fuera expedido, lo que ocurrió en 2017.

El Tribunal debe definir si la demandante tiene derecho al pago del retroactivo causado desde el 5 de diciembre de 2008 hasta el 5 de febrero de 2018, fecha a partir de la cual la entidad le reconoció pensión de vejez en la modalidad de renta vitalicia.

Para resolver la controversia las normas legales disponen que en el RAIS los afiliados pueden reclamar la pensión de vejez a la edad que escojan, siempre que se evidencie que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual sumado al valor del bono pensional cuando a éste hubiere lugar, les permita obtener una pensión mensual *"superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor"* (artículo 64 de la Ley 100 de 1993)[2]. En caso contrario, podrán optar por continuar cotizando hasta alcanzar el derecho pensional, o solicitar la devolución del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual junto con el valor del bono pensional (artículo 66 de la Ley 100 de 1993).

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que *"para el reconocimiento judicial de la pensión del artículo 64 a favor del actor, este debió acreditar en el plenario que había dado por escrito su aprobación a la liquidación provisional del valor del bono, para que se diera la*

[2] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3619-2019 Rad. 59941.

emisión del título por parte de la OBP. También demostrar el valor del bono que obtendría en negociación. A más de lo anterior, acreditar mediante un cálculo actuarial efectuado con base en capital de la cuenta de ahorro individual más el valor del bono negociado, que reunía el capital necesario para recibir una mesada superior al 110% del salario mínimo con las actualizaciones del IPC, como lo indica la norma en cuestión" (SL 4101 de 2020, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ).

El reconocimiento pensional en la modalidad de *renta vitalicia* depende enteramente del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado y del valor del bono pensional, por lo cual la demandante en este tipo de procesos debe demostrar no solo que hizo la solicitud pertinente al reconocimiento de una pensión de vejez, sino también el valor del bono que obtendría en negociación y que mediante un cálculo actuarial efectuado con base en capital de la cuenta de ahorro individual el bono negociado se reúne el capital necesario para recibir una mesada superior al 110% del salario mínimo, con las actualizaciones del IPC.

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente, se advierte que los formularios entregados a la entidad por el demandante en la solicitud del 5 de diciembre de 2005 corresponden a la *"DEVOLUCION (sic) DE SALDOS POR PENSION (sic) DE VEJEZ"* (folios 21, 22, 70, 71, 82 y 83) y n o a la obtención de dicha pensión, además, en folio 72 obra escrito de la demandante en el que de manera expresa solicitó agilizar los trámites para la entrega del *"dinero al que tengo derecho"* pues lo requería con urgencia para solventar una intervención quirúrgica a favor de su esposo (folio 72), y en el formulario de trámite de emisión y/o expedición de bono pensional suscrito por la demandante el 10 de julio de 2017, nuevamente enmarcó el tipo de reclamación en la *"Devolución de Saldos"* (folio 114). Estos documentos no fueron desconocidas ni objeto de tacha en los términos de los artículos 269 y ss. del CGP.

Aunque lo anterior es suficiente para decidir, se advierte que la demandante tampoco acreditó que para la fecha de la solicitud el valor que se obtendría al negociar el bono pensional más el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, le permitiera acceder a *una mesada superior al 110% del salario mínimo con las actualizaciones del IPC*, hecho que ni siquiera fue expuesto en la demanda que dio inicio al proceso, por lo cual no fue parte de la controversia que se tramitó en primera instancia.

Se confirmará entonces la sentencia apelada advirtiendo que entre la fecha de la referida solicitud y la fecha de emisión del bono pensional, pudieron variar las condiciones que darían acceso a la prestación, pues las modificaciones en la expectativa de vida de los afiliados, o en el *tiempo* durante el cual la aseguradora deberá pagar las mesadas en la modalidad de *renta vitalicia* en casos como el presente, sumado al aumento del valor del bono pensional por el paso del tiempo a título de intereses[3] conllevan a que un afiliado en un momento determinado no reúna los requisitos necesarios para acceder a la pensión mínima, pero pueda acceder a la misma con posterioridad, aun cuando no se efectúen nuevas cotizaciones[4].

En otro giro del asunto se advierte que la demandada demostró haber realizado los trámites necesarios para la expedición del bono (folios 84 a 124) para la *devolución de saldos* que era lo solicitado, y la demora en tales trámites (12 años) se derivó finalmente para la afiliada un beneficio pues obtuvo finalmente la pensión por los incrementos en el valor del bono pensional que se derivaron del paso del tiempo (folios 125 a 129). Recuérdese que, los Fondos están en la obligación de calcular si con el valor existente en la cuenta de ahorro individual, incluido el bono pensional una vez haya sido emitido, el afiliado puede acceder al reconocimiento de una pensión mínima, razón por la

[3] Decreto 1299 de 1994.

[4] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1142-2021 Rad. 66126.

cual, no resulta extraño el reconocimiento efectuado por la AFP, una vez se obtuvo el valor del bono pensional.

Se confirmará entonces la decisión dictada en primera instancia, advirtiendo (i) que el Fondo demostró haber cumplido con las obligaciones a su cargo al reconocer la prestación pensional a favor de la accionante de conformidad con las condiciones que resultaban aplicables una vez tuvo certeza del monto del bono pensional, sin que le sea atribuible mora alguna, en tanto no se acreditó que esa hubiera sido la prestación reclamada y que para la fecha de solicitud, se contara con el capital suficiente para su reconocimiento; y (ii)
en aplicación del principio de congruencia[5], que no hay lugar a pronunciarse acerca de la solicitud contenida en la apelación, encaminada a que se reliquide la mesada pensional con la inclusión de los saldos devueltos a la accionante el 25 de enero de 2006 (folios 130 a 133), como quiera que tales pretensiones tampoco fueron objeto de debate que se trabó en este expediente, pues ninguna de las pretensiones de la demanda se encuentra encaminada en ese sentido (folios 4 a 18), ni la solución a dicha controversia se obtiene de los medios prueba allegados.

Por el resultado del recuso las costas de segunda instancia corren a cargo de la demandante.

---

[5] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2808-2018 Radicación No. 69550, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: *"Principio de congruencia (…).*
Conforme dicho principio, los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador. Luego el sentenciador, debe obrar dentro del marco trazado por las partes en conflicto.
Es así que esta Sala de la Corte, de antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de la causa petendi invocada por el promotor del proceso.
Si es el fallador de segundo grado quien desborda ese estricto límite y resuelve ex novo -sobre pretensiones que no fueron debatidas en las instancias-, también incurriría en un quebranto de dicho principio y si la transgresión a tal institución es determinante y afecta el derecho de defensa de una de las partes involucradas en el proceso, tal decisión será susceptible de cuestionamiento en el recurso extraordinario de casación, porque a través de la violación medio de la disposición procesal referida, se reconoce un derecho sustancial, mediante el quebranto de los presupuestos constitucionales y legales del debido proceso (SL911-2016)".

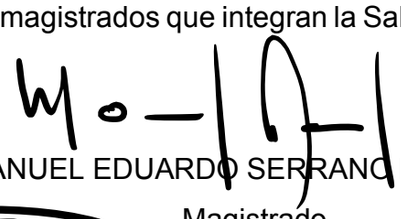
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

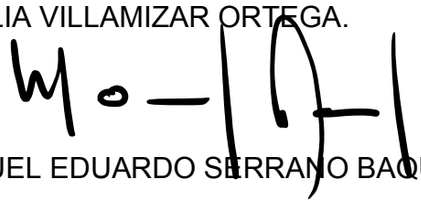


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE ($300.000), como agencias en derecho de segunda instancia a cargo de LUZ CECILIA VILLAMIZAR ORTEGA.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ MERY MONTOYA CARDONA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última entidad, la sentencia dictada el 25 de mayo de 2021 por el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a las doctoras Johana Alexandra Duarte Herrera y Leidy Alejandra Cortes Garzón, quienes se identifican con T.P. 184.941 y 313.452, para actuar como apoderadas principales de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCÍON S.A., respectivamente, en los términos y para los fines de los poderes conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ MERY MONTOYA CARDONA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la ineficacia o, en subsidio, la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en marzo de 1996, con fundamento en que el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de una información adecuada y completa por parte la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., pues omitió indicar las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos (ver demanda de folios 1 a 22).

La demanda ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que su representada siempre ha realizado las afiliaciones y los actos jurídicos relacionados con dicho procedimiento de forma legal, con base en los parámetros establecidos y la normatividad que regula a las AFP a través de personal idóneo y debidamente capacitado, alegando que la afiliación de la demandante a dicha entidad se efectuó por un traslado dentro del RAIS, que ratificó la voluntad de mantenerse allí, sin que hubiera hecho uso de la posibilidad de regresar al RPM. Agregó que, en todo caso, no se evidencia causal de nulidad de la afiliación, pues ésta se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente, sin que para la fecha del traslado de régimen pensional estuviera vigente el deber de conservar soportes documentales de la doble asesoría. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, *buena fe*, *prescripción*, *aprovechamiento indebido de los*

recursos públicos y del sistema general de pensiones e *innominada o genérica* (ver contestación de folios 113 a 127).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la afiliación de la demandante se hizo de manera libre y voluntaria, y no obra prueba de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por omisión del deber de información, o de que esté en presencia de algún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo, y advirtió que la actora no cumple los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para poder trasladarse de régimen en cualquier momento. Propuso como excepciones las siguientes: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*; *responsabilidad sui géners de las entidades de la seguridad social*; *sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación*; *error dde derecho no vicia el consentimiento*; *inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005*; *buena fe de Colpensiones*; *cobro de lo no debido*; *falta de causa para pedir*; *presunción de legalidad de los actos jurídicos*; *inexistencia del derecho reclamado*; *prescripción* e *innominada o genérica* (ver contestación de folios 149 a 164).

Así mismo, mediante apoderado, contestó la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones en su contra, pues la entidad brindó la debida asesoría relativa a las diferencias entre los regímenes pensionales, posibilidades de traslado y tiempos, bonos pensionales, régimen de transición, implicaciones de su decisión, beneficios del RAIS y los productos y servicios dispuestos por la entidad para solucionar sus dudas, conforme a lo cual la demandante firmó de manera libre y voluntaria la solicitud de afiliación, sin que hubiera intentado trasladarse nuevamente, pese a haber tenido varias oportunidades para el efecto. Además, predicó que las condiciones de los regímenes están contempladas en la Ley, lo que permite a los afiliados

conocer las consecuencias de su traslado. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación de folios 193 a 228).

Termino la primera instancia con sentencia de 25 de mayo de 2021, mediante la cual el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hiciere la demandante LUZ MERY MONTOYA CARDONA al régimen de ahorro individual con solidaridad que en su caso administra la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para tenerla como válidamente afiliada a la colombiana de pensiones COLPENSIONES. SEGUNDO CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A en la que actualmente se encuentra la actora a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, con sus correspondientes rendimientos, gastos de administración y comisiones. TERCERO CONDENAR a PROTECCION S.A a pagar las diferencias que dieran o resultaran entre los regímenes de ahorro individual con solidaridad y su equivalencia con el régimen de prima media con prestación definida, así fuere el caso, los cuales serán asumidos a cargo de su propio patrimonio, incluyendo los gastos y cuotas de administración y comisiones, para tal efecto se conmina a COLPENSIONES para que realice las gestiones necesarias con el fin de obtener el pago de dichas sumas si a esto diere lugar. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES ha aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida. QUINTO DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SEXTO CONDENAR en costas*

a PROTECCION S.A y PORVENIR, se fija como en agencias en derecho la suma de 300.000 pesos a cargo de PROTECCION y $600.000 pesos a cargo de PORVENIR. SÉPTIMO: conceder el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES" (CD 5, Hora 1:10:44).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión presentaron recurso de apelación los apoderados de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se le absuelva de las pretensiones incoadas. Afirma que las pruebas documentales y el interrogatorio de parte practicados en el proceso son prueba de que no se presentó un error de hecho sino de derecho que se subsanó con el paso de tiempo dada la vocación de la demandante de permanecer afiliada en el RAIS, y advirtió que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional, pues le faltan menos de 10 años para cumplir el requisito de edad de acceso a la pensión de vejez. Además, manifestó que se está afectando la sostenibilidad financiera del régimen de prima media (CD 5, Hora 1:12:23)[1].

[1] *"Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación contra la decisión acabada de proferir por su Despacho, solicitándole muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral que revoque la decisión tomada y absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas, toda vez que el interrogatorio de parte y de las pruebas documentales allegadas al proceso se permite establecer que no existe un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado no sólo por la voluntad que plasmó la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación, sino que con este acto demostró su vocación de permanecer en el régimen de ahorro individual que se dio por un período prolongado, además de hacer traslado trasversales entre AFP´s privadas. Téngase en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal enmarcada en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo*

A su vez, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque la decisión, como quiera que en interrogatorio de parte se evidenció que la demandante tenía conocimiento suficiente acerca del régimen al que se encontraba afiliada en cuanto a rentabilidad y demás, tiempo en el que también tuvo acceso a los asesores de la entidad sin que se hubiera acercado a preguntar acerca de su prestación. En caso de confirmar la ineficacia, se debía absolver de devolver dineros de gastos de administración, como las primas de seguros que cubrieron al demandante durante su afiliación, pues los mismos tienen una destinación legal específica y, en todo caso, al no encaminarse a financiar la pensión de vejez, debe evaluarse su eventual prescripción (CD 5, Hora 1:14:36)[2].

---

13 de la Ley 100 de 1993 por lo que solicitar, no es dable que se acceda a la solicitud de ineficacia tal como lo solicita la parte demandante puesto que se han sobrepasado los 10 años que establece dicha prohibición para poder hacer el cambio del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, adicional a lo anterior, su señoría téngase en cuenta que autorizando el traslado al régimen de prima media se está afectando la sostenibilidad del sistema financiero en el sentido en que la cotización entre un régimen y otro varía y el traslado de los rendimientos que se hace a Colpensiones pues no serían los mismos, afectando así los intereses de mi representada, por lo anterior solicito muy respetuosamente se revoque la decisión tomada, muchas gracias".

[2] *"Gracias su señoría estando dentro de la oportuna etapa procesal, me permito interponer recurso de apelación y de la misma manera sustentarlo y le solicitó a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la sentencia que se acaba de proferir en su totalidad, con base en los siguientes argumentos, se debe de tener en cuenta que la señora Luz Mery Montoya suscribió actos jurídicos, los cuales se reitera pues tuvieron obligaciones y deberes para ambas partes y por parte de mi representada cumplió de manera cabal dichas obligaciones y deberes, también se debe tener en cuenta el interrogatorio de parte que absuelve la señora Luz Mery Montoya y pues que se puede evidenciar que la señora Luz Mery Montoya independiente de sus estudios es una persona que tiene muy en cuenta y conoce de la situación de cómo se, de las características cómo se administran sus aportes y cómo fueron llevados durante estos años toda vez que ella se informa acerca de la rentabilidad y es así como en una de las preguntas informa que en los extractos su rentabilidad fue negativa y hubo una pérdida, por lo cual independiente y insisto de los estudios de la señora Luz Mery Montoya, pues tienen conocimiento de la característica del régimen de ahorro individual y es que sus aportes se administran bajo una rentabilidad y generan dicha rentabilidad en sus aportes, tampoco se puede tener en cuenta lo fallado por el, por el a quo toda vez que no estamos hablando de una situación o algo que sea, que no pueda entender una persona en una situación o sobre su situación pensional, porque si fuera así pues las charlas y las asesorías que se darían, pues todas las personas no entenderían, es claro que sí las personas realizan aportes a su pensión obligatoria en un régimen o en el otro, pues van a obtener una mesada pensional, aquí lo único que se debe, o lo que está en cuestión es la favorabilidad económica, lo cual se insiste, es que las resoluciones que fueron en el año 2015-2017 pues cambiaron la forma de pensionar en la actualidad el régimen de ahorro individual a sus afiliados, pero esto no es como lo dice el a quo con una situación de es de ciencia cuántica o de cosas que no podamos entender, eso es una cosa muy normal, una situación de saber cómo está la situación personal de las afiliados y se insiste que el momento en que salen las*

Resoluciones de la señora Luz Mery ya no podía trasladarse al régimen de prima media, pero esto no fue ni por una omisión ni por un engaño ni porque estuviéramos tratando de una, de un tema que no fuera entendible se insiste que del interrogatorio de parte la señora Luz Mery insiste mucho en la rentabilidad, lo cual se le ha venido pues respetando durante los años que ella ha estado afiliada. También se debe de tener en cuenta señores magistrados y es que los actos jurídicos que la señora Luz Mery suscribió de manera consciente e informada, libre y voluntaria pues estos actos jurídicos en las dos, en los dos momentos, pues tuvieron una asesoría por parte de los representantes o promotores de las administradoras de pensiones, pero también se debe de tener en cuenta algo muy importante y es en la última pregunta que le realiza esta apoderada y es que durante el tiempo que ella ha cotizado siempre permanecieron asesores de los fondos privados y la señora Luz Mery nunca se acercó a ser asesorada sobre su situación personal y es así como también pues la señora Luz Mery tenía la obligación también de enterarse de su situación y de cómo iba a ser su mesada pensional, acá nos está teniendo en ningún momento un perjuicio o se le está quitando alguna situación a la señora Luz Mery, simplemente pues su mesada pensional no va a ser acorde con el salario actual y téngase en cuenta la historia laboral que obra dentro del expediente donde la señora Luz Mery Montoya pues no ha realizado aportes exorbitantes, simplemente ha hecho unos aportes acorde a su situación laboral. Con respecto a los gastos de administración pues se debe tener en cuenta que estos gastos de administración, tanto la comisión de administración como la prima de seguro previsional pues están autorizados en la Ley 100 de 1993 en su artículo 20 modificado por el artículo séptimo de la ley 797 del 2003, que faculta o autorizar a los fondos de pensiones para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, este mencionado descuento pues se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima de seguro previsional, lo cual opera pues en ambos regímenes, con la condena pues de primera instancia que ordena a mi representada a devolver dichos dineros, pues lo único que se está constituyendo es un enriquecimiento sin causa favor de COLPENSIONES por recibir unos gastos que ni siquiera son destinados a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente pues ya se le están trasladando los dineros del fondo de pensiones Porvenir junto con los aportes y rendimientos que se le trasladó en su momento a la AFP Porvenir por parte de mi representada frente pues a la prima de seguro previsional se insiste que está ya fue girada a la aseguradora que para un caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pues pagará una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, inclusive la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante y mi representada está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a COLPENSIONES toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN S.A. se debe tener presente que en caso de confirmar la condena mi representada de asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal para la comisión de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, se estarían en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de mi representada, la cual tendría que revisarse la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta y en el presente proceso pues no fue materia de prueba ni quedó demostrado la causación de los mismos toda vez que la inversión de la carga de la prueba opera es frente a la pretensión de ineficacia y/o nulidad de la afiliación y no frente al tema de los perjuicios los cuales pues no fueron demostrados por la parte demandante y adicional pues es de resaltar que frente al cobro del 3% sin opera la prescripción toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley, y que no financian directamente la prestación económica por vejez por lo que son conceptos que sí prescriben de conformidad con lo establecido en artículo 488 del Código de Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal Laboral de esta manera dejó sustentado mi recurso de apelación solicitando respetuosamente a los honorables magistrados que se revoquen totalidad en la sentencia que se acaba de proferir y se absuelva a mi representada de todas las condenas, muchas gracias".

Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. pide que se revoque el fallo en forma parcial, y de manera subsidiaria, pide que se revoque la condena a devolver los gastos de administración y las primas de seguros provisionales, y se revoque la condena en costas y agencias en derecho. Afirma que el interrogatorio de parte que rindió la demandante da cuenta de que conocía ampliamente las características del RAIS, a los cuales pudo acceder en los extractos mensuales a que hizo referencia en su declaración. Manifiesta que no procede la devolución de dineros que no se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como sucede con los gastos de administración y las primas de seguros previsionales que corresponden al 3% que se descuenta sobre el aporte, pues ya fue gastado para cumplir con finalidades muy específicas: generar rendimientos financieros y cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la afiliada (CD 5, Hora 1:23:10)[3].

---

[3] *"Gracias por la palabra, estando dentro la oportunidad me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, recurso que presentó y sustentó en forma parcial de lo que fue adverso a los intereses de mi representada, bajo las siguientes consideraciones. En el presente caso contrario a lo indicado por el juez de instancia no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado del régimen pensional toda vez que no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante decidió trasladarse de régimen pensional teniendo en cuenta que la decisión tomada por la actora se hizo en forma consciente y espontánea como ella misma lo dijo dentro del interrogatorio de parte, incluso indicando en la mayoría de las preguntas referidas y realizadas por el juzgador que no se acordaba o no estaba, no tenía aclaró que era lo que había que, cuál había sido la asesoría que había recibido siendo enfática en indicar que se le había hablado acerca de los rendimientos que podría, que podrían llegar a generarse en el régimen de ahorro individual, asesoría y decisión que está tomo sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en la que se produjo la decisión tomada por la señora Luz Mery de trasladarse de régimen. En ese sentido vale la pena recalcar que esta recibió, y antes de tomar su decisión recibió la información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen de ahorro individual y suscribió el formulario de solicitud de vinculación el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la por la entonces Superintendencia bancaria cuestión que es indispensable tener en cuenta en este asunto toda vez que el sentenciador hace referencia a una serie de requisitos que en nada tenían que ver con la normatividad vigente a la fecha, incluso haciendo referencia a una tabla comparativa que en ese momento no tenía digamos que vigencia y en ese orden días no es dable al juez obligar o concluir que la, que mi representada tenía la obligación de efectuar dicho comparativo, en ese orden de ideas es claro que en este caso de la señora Luz Mery tomó la decisión de trasladarse de régimen de manera libre y voluntaria, por lo cual no se entiende como el juez de instancia puede indicar que la constancia asesoría brilla por su ausencia dentro de las constancias de afiliación cuando dentro de los mismos formularios de afiliación se establece la disposición acerca de que la decisión se dio de manera libre e informada y voluntaria, incluso se enuncian algunos apartes sobre la aplicación y las consecuencias de mantenerse en el régimen de ahorro individual como consta en la, en el formulario de afiliación suscrito en el 2005 por la señora Luz Mary en ese orden de ideas no se entiende la conclusión a la que llega el Juez de instancia, así mismo el juzgador hace referencia a temas de física cuántica o cirugía para para definir o para*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

---

argumentar por qué no se dio la correspondiente asesoría de manera completa o incluso no era necesaria la asesoría de la envergadura y con la completitud que esté indicó como si el conocimiento de estas materias tuviese la misma envergadura del conocimiento de la ley, obviando el principio general del derecho que establece que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y en ese orden de ideas no se entiende por qué se utilizó este argumento dentro de la sentencia, con respecto, con respecto a la condena frente a la devolución de los, el traslado de los gastos de administración y comisiones y prima de seguro previsional como consecuencia del traslado de régimen pensional producto de la declaratoria de ineficacia en el hipotético caso de que se declarase la nulidad o la ineficacia del acto de traslado o se ratificase esta decisión por parte del Tribunal no resulta viable que como parte de las, de las prestaciones mutuas que correspondan se ordene a la administradora demandada la devolución de los gastos destinados a la administración en las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales que ha estado obligado a contratar, ello es así porque las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica, que en este caso cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual la demandante mantuvo su vinculación con el régimen de ahorro individual con solidaridad al que tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante cómo está bien lo indicaba, recursos que le generaron rendimientos por distintos periodos como, como ella misma pudo evidenciarlo en los extractos que periódicamente se le remitían, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de los recursos, en ese sentido no tiene ningún sentido y no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de nulidad de un acto jurídico que la persona la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso una suma depositada en una cuenta, igualmente deba devolver la suma que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo en cumplimiento, reiteramos de un mandato legal que estaba obligada a acatar durante el término en el cual la, la señora Luz Mery se encontró vinculada al régimen de ahorro individual de manera legal, de manera de legal y en cumplimiento estricto de la normatividad vigente para la fecha en la que se encuentra al lado y para la fecha en la que se mantuvo la vinculación de la señora Luz Mery en el régimen de ahorro individual, es claro por tanto que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinados al cumplimiento de su objetivo es decir mantener, manejar los fondos y las cuentas individuales y no están en poder de la administradora ya que por exigencia de la ley estuvo obligada a invertirlas en la obliga, en la obtención de la rentabilidad mínima que debe garantizar, en el mismo orden de ideas tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de prima de los seguros previsionales, por, por cuanto ya no están en su poder sino en el de la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales correspondientes la destinación de estas sumas también cumplió con su objetivo y en consecuencia aquellas se agotaron y extinguieron, en ese orden de ideas cómo lo indicó la codemandada, representante de PROTECCIÓN ordenar el reintegro o devolución de estas sumas le daría mi representado un detrimento patrimonial pues está tendría que asumir con su propio patrimonio el cumplimiento, la devolución de estas sumas de dinero, las cuales fueron utilizadas conforme a lo establecido en la ley y en ese orden de ideas se agotaron y extinguieron conforme fueron pagadas. Dicho todo lo anterior, solicito muy respetuosamente a la sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que revoque la sentencia, en lo que fue adverso a mi representada, es decir el sentido de condenar a PROTECCIÓN, a PORVENIR a devolver todos los valores que hubiere percibido durante la afiliación de la, de la demandante ante esta administradora con los gastos de administración y comisiones correspondientes".

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 264,57 semanas[4]; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años, 3 meses y 15 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido el requisito de edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver folios 26 y 106).

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

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

---

[4] Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el CD 2.
[5] *Ibídem*.
[6] Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "*(…) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*
Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".
[7] Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin*

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

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

---

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que el día en que su traslado sólo se le indicó que tendría mejores dividendos por ser un fondo privado. Quiso trasladarse al ISS, pero se hablaba de que lo iban a liquidar, por lo que no puedo hacerlo para evitar perder su capital, en ninguno de los traslados efectuados recibió una información completa y oportuna, respecto a las

condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (CD 5, Min. 21:47).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia o los posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8], este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

---

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

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

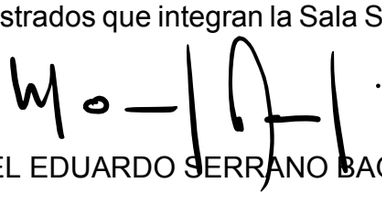
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE RUTH MARINA PENAGOS QUINTERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.).

Bogotá D.C., Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.) y por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de ésta última entidad a la sentencia dictada el 12 de mayo de 2021 por la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Johana Alexandra Duarte Herrera, quien se identifica con T.P. 184.941, para actuar como apoderada de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido. Así mismo, téngase a las doctoras Claudia Liliana Vela, quien se identifica con T.P. 123.148, y Diana María Vargas Jerez, quien se identifica con T.P. 289.559, para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente,

de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, RUTH MARINA PENAGOS QUINTERO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad e ineficacia* del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante a partir del mes de marzo de 1999. Afirma que el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de información suficiente, amplia y oportuna por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., pues esta AFP, así como en su momento lo hizo OLD MUTUAL (hoy SKANDIA), no informó, entre otras, cuál sería la proyección pensional en ambos regímenes y cuál de éstas le era más favorable, las condiciones para adquirir el derecho pensional ni el capital necesario para ello, el régimen de transición, la garantía temporal de pensión, las modalidades pensionales, información que tampoco se extrae del formulario que debió firmar para su traslado. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación de la demandante en COLPENSIONES sin solución de continuidad y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual (ver demanda en el archivo 01 folios 5 a 31 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que obran el expediente pruebas suficientes para entender que se brindó información adecuada a la demandante al momento del traslado y no se encuentra acreditado vicio alguno en su consentimiento.

Afirmó que conforme al artículo 2 literal *e* de la Ley 797 de 2003, no es posible trasladar al demandante, por faltarle menos de 10 años para alcanzar la edad mínima para pensionarse por vejez. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida*, *prescripción*, *caducidad*, *inexistencia de causal de nulidad*, *saneamiento de la nulidad alegada*, *no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público*, *no configuración del derecho al pago de interese moratorios ni indemnización moratoria* e *innominada o genérica* (ver contestación en el archivo 01 folios 181 a 236 del expediente digital).

Así mismo, mediante apoderada, contestó la demanda la OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA). Se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que su representada siempre ha realizado las afiliaciones y los actos jurídicos relacionados con dicho procedimiento de forma legal, con base en los parámetros establecidos y la normatividad que regula a las AFP a través de personal idóneo y debidamente capacitado, alegando que la afiliación de la demandante a dicha entidad se efectuó por un traslado dentro del RAIS, que ratificó la voluntad de mantenerse allí. Agregó que, en todo caso, no se evidencia causal de nulidad de la afiliación, pues ésta se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario señalado en el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, sin que para la fecha del traslado de régimen pensional estuviera vigente el deber de información en los términos desarrollados con posterioridad por vía jurisprudencial. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción*, *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*, *buena fe* y *genérica* (ver contestación en el archivo 01 folios 261 a 304 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones en su contra, máxime cuando el 11 de febrero de 2004 se vinculó a pensiones voluntarias y

posteriormente la demandante efectuó nuevo traslado dentro del mismo régimen, a otra AFP, que le ofrecía las mismas características pensionales. Además, predicó que no se demuestra omisión de información al momento de realizarse el traslado de régimen, sino que, por el contrario, dicha afiliación estuvo precedida por una suficiente ilustración del RAIS. Resaltó que la afiliada ha faltado a su deber de informarse, en tanto que la ignorancia de la Ley no excusa de su obediencia. En el mismo sentido, refirió que no hay lugar al pago de perjuicios por no estar demostrados. Como excepciones de mérito formuló las siguientes: *prescripción*, *prescripción de la acción de nulidad*, *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y *buena fe* (ver contestación en el archivo 01 folios 395 a 440 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de marzo de 2021, mediante la cual la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora RUTH MARINA PENAGOS QUINTERO, identificada con C.C. No. 20.963.954, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP PORVENIR, realizado el 9 de febrero de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante la señora RUTH MARINA PENAGOS QUINTERO, identificada con C.C. No. 20.963.954, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES OLD MUTUAL, hoy SKANDIA S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIOSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora RUTH MARINA PENAGOS QUINTERO, identificada con C.C. No. 20.963.954, como cotizaciones, aportes*

pensionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración con destino a COLPENSIONES, según se expuso en la parte motiva de este proveído. CUARDO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva. SEXO: COSTAS en esta instancia a cargo de las COLPENSIONES, PORVENIR y OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., a favor de la demandante. Fíjese la suma de $500.000 a cargo de cada una de las demandadas, por concepto de agencias en derecho. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES". (Audiencia virtual archivo 14 del expediente digital, Hora 1:25:03).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra ningún medio probatorio que brinde certeza y veracidad sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Igualmente, afirmó que no existe prueba alguna respecto a la información suministrada a RUTH MARINA PENAGOS QUINTERO por OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., al momento de realizar el traslado a dicha AFP. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por la demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES en recurso pide que se revoque en su totalidad la sentencia dictada en primera instancia. Para el efecto, considera que la información dada por las administradoras fue la vigente para el momento del traslado y, advirtió, que las decisiones judiciales que se están tomando en esta materia afectan el principio de sostenibilidad financiera del Sistema, máxime si se tiene en cuenta que la actora no fue solidaria con el RPM. Además, manifestó que se demostró la intención de mantenerse en el RAIS con el traslado efectuado dentro de dicho régimen, y no se puede hablar de que para el momento de la afiliación un régimen sea mejor que el otro, pues se podían hacer aportes voluntarios para incrementar el monto de la prestación. Agregó que se debía imponer la carga de probar la falta de asesoría a la demandante, más cuando la información se le dio hace tantos años de manera verbal por parte de los asesores de las AFP (CD 3, Hora 1:26:17)[1].

---

[1] "*Su señoría, siendo esta la oportunidad procesal, me permito interponer recurso de apelación, referente, respecto a toda la parte resolutiva, parte resolutiva de la sentencia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: Primero que todo, se entiende que conoce los últimos pronunciamientos frente a la ineficacia del traslado; sin embargo, se debe conoc… se debe estudiar el caso concreto. Primero que todo, existe una indebida valoración por parte del a quo, teniendo en cuenta que se le está dando valor probatorio de lo dicho por la parte demandante respecto a no haber recibido información, cuando el interrogatorio de parte se vuelve prueba toda, en lo concerniente a la confesión y en este sentido la demandante confesó que efectivamente se le brindó asesoría, perdón que le, se le brindó asesoría, estuvo con un asesor a la hora de firmar ese acto jurídico que realizó, que genera el traslado del régimen pensional y que efectivamente al momento de ese traslado no le generó algún tipo de duda y posterior realiza el traslado a Skandia, donde también fue suministrado el formulario por un asesor, sin embargo a pesar de que manifiesta de que no se le brindó ningún tipo de información, lo cierto es que se le habló sobre los aportes y la forma en que se iba a financiar su afiliación, que es la información necesaria para poder realizar el traslado, toda vez que ventajas y desventajas no existen, toda vez de que cada una de ellas se va implementando dentro del tiempo y esto es que el RAIS genera un tipo, le permite a la pate ac… a la parte, a los afiliados realizar aportes voluntarios y esto modificaría el monto de la mesada y por lo tanto no existe posibilidad alguna de que el, el asesor le brinde dicha información a la hora de realizar el traslado, toda vez que determinaría que mal obró el legislador a la hora de regular cada uno de ellos, quebrantando el principio de igualdad de cad… de los afiliados, manifestando que, que un régimen, el RAIS presta mejores beneficios que el otro, cuando ello se discrimina es con el pasar del tiempo y los aportes que hizo el afiliado. También debe usted tener en cuenta que existe una prohibición legal enmarcada, descrita en el artículo 2 de la Ley 797 del 2002, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 del 93 y que no se le dio mayor relevancia, a la hora de tomar la decisión por parte del a quo y efectivamente no se vio, no vio acreditado ningún vicio de consentimiento, error, fuerza o dolo descrito en el artículo 1740 del C.C., que la carga de la prueba sería en este caso de la parte demandante. Respecto a la carga de la prueba para probar, para acreditar la ineficacia, la ineficacia del traslado o el deber de información por parte de los fondos, lo cierto es que con diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, se ha determinado que son los fondos, porque son los que tienen la capacidad de guardar dicha información; sin embargo, hay que estudiar el caso concreto y eso determina mucho cómo se va a hacer esa, ese, ese traslado de la carga, esa carga dinámica de la prueba y es teniendo en cuenta que la asesoría fue brindada de manera verbal y así lo informa, puesto que a la hora de firmar el documentos, él tuvo, la demandante se encontró con el asesor de cada uno de los*

La apoderada de SKANDIA S.A. pidió en su recurso, que se revoque parcialmente la decisión en cuanto la orden de devolver los gastos de administración y las primas de seguros que cubrieron a la demandante durante su afiliación, pues los mismos tienen una destinación legal específica y, en todo caso, al no encaminarse a financiar la pensión de vejez, debe evaluarse su eventual prescripción trienal (CD 3, Hora 1:34:50)[2].

---

fondos y quien más ella para acreditar, más cuando los hechos ocurrieron, hay que colocar de presente en el año 1999 y nos encontramos en el 2021, pudiendo tener muchísimo tiempo para adquirir información por parte de la actora y poder realizar las actuaciones pertinentes en, en el material de garantizar sus derecho. Ahora, respecto al deber de información, muy concreto lo dij… lo manifestó la abogada de Porvenir y es que para la fecha no había una obligación legal más que el acto jurídico celebrado y esto es el formulario de afiliación, sin embargo se pudo acreditar la buena fe de cada uno de los fondos que se encuentran inmersos en cumplimiento de la, de la parte, de la normativa vigente y brindó asesoría como se ve de que incluso ese afán de garantizar van el asesor directamente al lugar donde trabaja la demandante, para poder realizar y esos, esas afiliaciones. Sobre, es importante ligar esa prohibición legal, con la descapitalización del sistema, por algo el legislador realizó una prohibición de mínimo 10 años ante realizar el traslado, porque esto descapitalizaría el sistema y afectaría los demás afiliados, vio quebrantando o poniendo el interés general, el interés particular sobre el general, como hice precisión en los alegatos de conclusión. Teniendo en cuenta todo lo anterior manifestado, su señoría, y dado que sería una declaración injustificada la ineficacia de traslado, porque tuvo oportunidad la demandante para hacer sus actos de traslado conforme la normativa vigente, de que todos debemos conocer y lo cierto es de que el acto jurídico celebrado genera unos efectos jurídicos, que tendrá que soportar cada una de las partes obligadas y en este caso es la afiliada del fondo y más aún, cuando en el año 1999, ella ya conocía, había hecho aportes en el ISS en Colpensiones y efectivamente sabía cómo era el régimen de Prima Media y lo que le hizo con los fondos privados, esto es el RAIS, fue acreditar la forma como se financiaba el sistema, en el RAIS, valga la redundancia y por lo tanto tenía conocimiento de los dos fondos. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se le solicita de manera respetuosa a los honorables magistrados del Tribunal Superior – Sala Laboral, se revoque la sentencia proferida por el a quo y, y se absuelva a cada una de las demandadas de las pretensiones incoadas por la parte actora. Gracias.".

[2] "*Gracias, su señoría, de manera muy respetuosa y siendo esta la oportunidad procesal correspondiente, me permito interponer y sustentar parcialmente recurso de apelación contra la sentencia que aquí se acaba de proferir. La inconformidad, su señoría, recae única y exclusivamente frente a la orden de retomar o entregar hacia Colpensiones unos presupuestos y unos dineros que fueron destinados para los gastos de administración. En efecto observamos que el fallo de primera instancia se aparta por completo de los postulados de orden legal, como lo constituyen el Decreto 3995 del año 2008, artículo 7º, que de manera muy específica y concreta ha indicado cuáles son esos emolumentos y conceptos que deben trasladarse en el evento de operar dicha operación frente a los recursos del sistema general de pensiones, encontrando que dicha norma nada indica al respecto que cuando se deban generar traslados de recursos del RAIS al RPM deba señalarse frente a los gastos de administración. En este orden de ideas encontramos distintos conceptos emitidos por los entes de control, como lo constituye la Superintendencia Financiara, quien en diferentes conceptos del año pasado y del presente año, ha señalado que cuando se decreta una nulidad, una ineficacia de un traslado, no operan frente a los traslados o no debe generarse frente a unos traslados de los gastos de administración, es decir sobre el 3% de los gastos de administración, del que tanto nos habla el artículo 30 de la Ley 100 de 1993. Dicha norma no fue considerada en el fallo de primera instancia y en este orden de ideas solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de la Sala Laboral de Bogotá, revoquen parcialmente la presente sentencia y se absuelva a mi representada de retomar hacia a o Colpensiones los respectivos 3% de gastos de administración. Encontramos igualmente una coherencia*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

---

de la norma que ya indiqué anteriormente y los diferentes conceptos administrativos con los postulados de la Ley 100 del 93, dado que este parte de estos gastos de administración o de este 3% de gastos de administración sirvieron para sufragar o para pagar las respectivas pólizas para cubrir las contingencias de una invalidez o muerte de, en este caso particular, de la aquí demandante, por ende no es dable atribuir o imponer a mi representada el retorno hacia, de unos dineros que no se encuentran a su disposición o que no han estado, dado que efectivamente una parte de ellos sirvieron para la administración y buena administración de los aportes de la demandante y la otra parte para cubrir las pólizas que ya mencioné anteriormente. En este orden de ideas estos dineros no se encuentran a disposición de la entidad a la cual yo estoy representando. En este orden de ideas, para cumplir la sentencia aquí indicada se va a generar un perjuicio económico, fiscal y financiero, no solamente a la entidad que yo represento Skandia, sino a la, al sistema general de pensiones, especialmente al régimen al cual yo aquí estoy representando. En este orden de ideas, su señoría, y por último, quiero dejar por sentado en el recurso de apelación, que si bien el Tribunal Administrativo de Bogotá, confirma la sentencia como está indicada aquí en este fallo, solicito que ese, se estudie la prescripción trienal, dado que esta figura operaría únicamente frente a los gastos de administración, considerando que este 3% tiene una destinación diferente, particular y concreta y que no está destinado para cubrir la pensión de vejez de la aquí demandante, que, en este caso particular sí operaría la figura prescripción trienal. En este orden de ideas, solicito de manera muy respetuosa solicito al Tribunal, que se evalúe esta figura frente a los gastos de administración, en dado caso, hipotéticamente, si se confirma la sentencia que se acaba de proferir. En ese orden de ideas, dejo por sustentado mi recurso, señoría, muchas gracias".

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 35 años de edad y había cotizado 367,43 semanas[3]; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 2 años cotizados); y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión de vejez (tenía 55 años – ver archivo 01 folio 1 y Carpeta 02 del expediente digital).

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

[3] Historia laboral expedida por COLPENSIONES S.A. en expediente administrativo (Carpeta 02 del expediente digital).

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [4] [5], según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

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

"consentimiento informado". La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que el día en que su traslado obedeció a la visita que recibió de un asesor de PORVENIR S.A. -en el año de 1999- quien, con formularios previamente diligenciados a su nombre, en una reunión grupal hizo una descripción mínima de las desventajas de quedarse en el Instituto Seguros Sociales, las cuales versaban sobre su inminente desaparición y la pérdida de documentos de sus afiliados, por lo que perderían los aportes que mensualmente realizaban. Relató que el segundo traslado obedeció a la visita de un asesor de OLD MUTUAL S.A. (SKANDIA S.A.) que en otra reunión se limitó a indicar que allí obtendría ventajas frente al anterior fondo en cuanto a utilidades o *"intereses"*, en ninguno recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (Audiencia virtual archivo 14 del expediente digital, Min. 10:10).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un "*saneamiento*" la ratificación del acto inicial por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial de la demandante al RAIS operó con el traslado de régimen en marzo de 1999 a PORVENIR S.A. y, posteriormente, se trasladó en 2014 a OLD MUTUAL S.A. (hoy SKANDIA), AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver Historia Laboral expedida por SKANDIA S.A. en el archivo 01 folios 333 a 348 del expediente digital).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

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

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

RESUELVE

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

2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.

3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de SKANDIA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA ISABEL MÉNDEZ ACERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 3 de mayo de 2021 por la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor Jorge Andrés Narváez Ramírez, apoderado judicial de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A., identificado con T.P. 345.374, para actuar como apoderado judicial de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido en la escritura pública No. 788 de 5 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CLAUDIA ISABEL MÉNDEZ ACERO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 26 de marzo de 1999, con fundamento en que no se le brindó información completa y comprensible sobre las consecuencias del traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debería asumir y sobre las ventajas y desventajes de ambos regímenes pensionales. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar los aportes cotizados por la demandante en el RAIS con destino a COLPENSIONES, y se le ordene a esta última entidad que acepte dichos aportes y acepte a la demandante como su afiliada desde el 4 de noviembre de 1988 sin solución de continuidad (ver demanda en folios 35 a 51, y subsanación en folios 55 a 72 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que el traslado que realizó la demandante se efectuó de forma libre, espontánea y voluntaria, y de haberse presentado algún engaño u omisión por parte del fondo privado, ello debe ser demostrado en este proceso. Además, señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales, y no se puede entender que para el momento del traslado tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional, pues no acreditaba 35 años de edad ni 15 años de servicios para el 1° de abril de 1994. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación* y la *innominada o genérica* (ver contestación en folios 82 a 95).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el agente comercial del fondo privado otorgó información suficiente y necesaria para que la demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada, conforme los requisitos y características vigentes para la época, y advirtió que (i) en el momento del traslado de régimen la actora solo contaba con 38 años de edad y 242 semanas de cotización, por lo que le faltaban más de 1000 semanas y 19 años para consolidar cualquier tipo de derecho pensional; y, (ii) que la obligación de las administradoras de brindar asesoría e información sobre las consecuencias del traslado de régimen surgió con el Decreto 2071 de 2015, que modificó el Decreto 2555 de 2010. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en folios 179 a 190 y subsanación en folios 193 y 195 del plenario).

Termino la primera instancia con sentencia de 3 de mayo de 2021, mediante la cual la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, CLAUDIA ISABEL MÉNDEZ ACERO, entre el RPM administrado por el entonces ISS, hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR, el 26 de marzo de 1999. SEGUNDO. CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora CLAUDIA ISABEL MÉNDEZ ACERO, junto con los rendimientos financieros, y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta*

decisión. TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR todos los valores que le fueron trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas, según lo motivado. CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones. QUINTO. COSTAS. Serán a cargo de PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 SMLMV de conformidad con lo motivado. SEXTO. Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 CPT y SS" (CD 2, Audiencia virtual, minuto 49:00).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que las pruebas aportadas al proceso no permite establecer que para el momento del traslado de régimen el fondo privado hubiese puesto de presente las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, advirtiendo que para demostrar un consentimiento informado no es suficiente la suscripción del formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior presentaron recurso de apelación los apoderados de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A.

En el recurso de COLPENSIONES su apoderado pide que se revoque el fallo en su integridad, toda vez que no existen elementos que demuestren la existencia de vicios en el consentimiento, ni se probó que el fondo privado le hubiese suministrado información falaz a la demandante, y advirtió que: (i) para la época del traslado de régimen (año 1999) las administradoras solo

debían dar información sobre las condiciones de la vinculación, y (ii) la simple manifestación de inconformidad sobre el valor de la mesada pensional que recibiría en ambos regímenes pensionales, no constituye *per se* prueba de la falta de información o que se le haya hecho incurrir en error a la afiliada, conforme lo ha entendio la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira en la materia (para el efecto hizo referencia a la sentencia proferida el 17 de enero de 2017, dentro del proceso con radicado No. 2016-00087). Además, señaló que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, y por ello no podía solicitar su retorno al RPM en cualquier tiempo, y tampoco tenía una expectativa legítima de adquirir algún derecho pensional para el momento del traslado, pues le faltaban 20 años para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, tiempo durante el cual decidió efectuar sus cotizaciones de forma libre y voluntaria en el RAIS (audiencia virtual, minuto 50:57).

El apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso a fin de que se revoque la condena en su integridad, y de forma subsidiaria, se revoque la condena a devolver la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual y a pagar costas y agencias en derecho. Sobre la ineficacia del traslado aduce que no se demostró que se haya presentado costreñimiento en la voluntad de la afiliada en los términos establecidos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para conseguir su vinculación al RAIS, lo cual no se puede entender demostrado con el posible incumplimiento del deber de información en cabeza de los fondos privados, pero de todas formas, advirtió que: (i) con el interrogatorio de parte rendido por la demandante se demostró que el fondo demandado cumplió con el deber de información en los términos definidos en las normas vigentes para la época del traslado de régimen pensional (Decreto 663 de 1993 y Decretos 656 y 692 de 1994), y, (ii) que dada la pequeña densidad de semanas que tenía cotizadas para el momento de dicho traslado, no se podía generar una lesión a un derecho pensional en camino de consolidación. Además, afirma que no es posible devolver la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual de los demandante en los términos definidos en la sentencia de primera instancia, pues sobre los aportes se han

ido descontando el 3% para cubrir las coberturas de los riesgos de invalidez y muerte, y los gastos de administración que permiten generar rendimientos sobre los aportes pensionales, y por ello, considera que para poder retornar los gastos de administración se le debería retornar al fondo privado los rendimientos que se generaron durante su administración (audiencia virtual, minuto 52:43).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 239.71 semanas[1], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 meses y 10 días)[2], y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido la edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver cédula aportada a folio 3 del plenario y presentación de la demanda a folio 52).

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

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

[1] Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por ambas partes en folios 17 a 21, 99 a 103 del expediente y en el expediente administrativo aportado en medio magnéticvo (CD 1).
[2] Ibídem.

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

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

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

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

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

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

que pudiera tener para cada afiliado pues en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que en la institución en la que laboraba (GIMNASIO LOS CAOBOS), recibió una asesoría grupal que duró 15 minutos, en la cual le dijeron que podría jubilarse más pronto y con una mejor pensión que la que le correspondería en COLPENSIONES, lo cual dependía del dinero que acumulara y los intereses que se generaran, y también le dijeron que COLPENSIONES se iba a acabar y que perdería sus ahorros (audiencia virtual, minuto 11:00).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un "*saneamiento*" la permanencia de la actora en el RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, para lo cual se sigue también el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Por lo mismo, dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[5] este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

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

Finalmente, se confirmará la condena en costas que se le impuso a la AFP PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en las páginas 179 a 190 y subsanación en las páginas 193 a 195 del plenario).

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

DECISIÓN

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

RESUELVE

---

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MARÍA TERESA BOLÍVAR CORREA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la sentencia dictada el 12 de mayo de 2021 por la Juez Décima (10) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM), actualmente administrado por COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Johana Alexandra Duarte Herrera y Olga Bibiana Hernández Téllez, quienes se identifican con T.P. 184.941 y 228.020, para actuar como apoderadas de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,

respectivamente, en los términos y para los fines de los poderes conferidos. Así mismo, téngase a las doctoras María Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, RUTH MARINA PENAGOS QUINTERO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declarara la ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado a partir de *1996*. Afirma que el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de una información suficiente, amplia y oportuna por parte de PORVENIR S.A., pues esta AFP no ilustró para su caso particular, cuáles serían y cómo podría acceder a los beneficios del RAIS, las posibles desventajas que le podría generar el mismo, la edad de redención del bono pensional, ni la forma y el momento en que podía regresar al RPM, lo cual tampoco ocurrió durante su vinculación. Como consecuencia de lo anterior pidió que se acepte su afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los aportes efectuados, con rendimientos, intereses y frutos (ver demanda de folios 40 a 51).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por considerar que su traslado se presume realizado de manera libre y válida, hasta que se pruebe lo contrario en desarrollo del trámite judicial. Afirmó que conforme al artículo 2 literal *e* de la Ley 797 de 2003, no es posible trasladar al demandante, pues para la fecha de la

contestación contaba con 58 años de edad. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *prescripción y caducidad*, *declaratoria de otras excepciones*, *cobro de lo no debido* e *inexistencia de la obligación y dl derecho por falta de causa y título para pedir* (ver contestación de folios 71 a 76).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a todas las pretensiones en su contra afirmando que la entidad brindó la debida asesoría relativa a las diferencias entre los regímenes pensionales, posibilidades de traslado y tiempos, bonos pensionales, régimen de transición, implicaciones de su decisión, beneficios del RAIS y los productos y servicios dispuestos por la entidad para solucionar sus dudas, conforme a lo cual la demandante firmó de manera libre y voluntaria la solicitud de afiliación. Además, predicó que sólo hasta la Ley 1748 y el Decreto 2071 existe el deber de poner a disposición de los usuarios herramientas que les permitan conocer las consecuencias de su traslado. Resaltó que, quien alega la mala fe debe probarla, sin que sea dable a la actora alegar su propia culpa. Como excepciones de mérito formuló las siguientes: *prescripción*, *falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas*, *buena fe*, *prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo*, *enriquecimiento sin causa* e *innominada o genérica* (ver contestación de folios 112 a 119).

Así mismo, mediante apoderada, contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que su representada siempre ha realizado las afiliaciones y los actos jurídicos relacionados con dicho procedimiento de forma legal, con base en los parámetros establecidos y la normatividad que regula a las AFP a través de personal idóneo y debidamente capacitado, alegando que la afiliación de la demandante a dicha entidad se efectuó por un traslado dentro del RAIS, que ratificó la voluntad de mantenerse allí, sin que hubiera hecho uso de la posibilidad de regresar al RPM. Agregó que, en todo caso, no se evidencia

causal de nulidad de la afiliación, pues ésta se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente, sin que para la fecha del traslado de régimen pensional estuviera vigente el deber de conservar soportes documentales de la doble asesoría, lo cual sólo ocurrió a partir de 2016. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, *buena fe*, *prescripción*, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones* e *innominada o genérica* (ver contestación de folios 146 a 154).

Terminó la primera instancia con sentencia del 4 de mayo de 2021, mediante la cual la Juez Décima (10) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y dispuso la permanencia de la demandante como afiliada a COLPENSIONES. La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante, señora MARÍA TERESA BOLÍVAR CORREA, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A., realizada mediante la suscripción de afiliación realizada el 29 de noviembre de 1995 y por ende ineficaz su traslado del RPM al RAIS y, en consecuencia, declaran ineficaces los traslados a otros fondos de pensiones, incluido el traslado realizado a la AFP PROTECCIÓN S.A., y se ordena su regreso automático sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES, conforma lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: Se CONDENA a COLPENSIONES a que debe recibir y restablecer la afiliación de la demandante, MARÍA TERESA BOLÍVAR CORREA, al RPM con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a la parte motiva de la providencia. TERCERO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA TERESA BOLÍVAR CORREA, como cotizaciones, los frutos e intereses y rendimientos que hayan producido*

dichas cotizaciones y, de conformidad al artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos causados también deberá en esta devolución incluirse los gastos y cuotas de administración descontados durante su vinculación, a la señora MARÍA TERESA BOLÍVAR, que debe hacerse la devolución debidamente indexada, allegando la correspondiente documental a COLPENSIONES, para que pueda constatar que efectivamente se hace la devolución en los términos de esta sentencia, devolución que deberá realizarse dentro del término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de conformidad a la parte motiva. CUARTO: CONDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a hacer devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA TERESA BOLÍVAR CORREA, correspondientes a los valores descontados por conceptos de gastos o cuotas o comisiones de administración, que deben ser devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados y deberá realizarse, esta devolución, en el término de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, con la documental correspondiente para que COLPENSIONES pueda constatar que se le está entregando efectivamente la devolución de cuotas y gastos de administración descontados y debidamente indexados, de conformidad a la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que, una vez ingresen las sumas que deben provenir de la AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A., provenientes de la cuenta individual de la señora MARÍA TERESA BOLÍVAR CORREA y de la devolución de gastos y cuotas de administración, debidamente indexados, a que realice la revisión de que se hacen en los términos de esta sentencia y, de forma inmediata, deberá hacer la imputación en la historia laboral para efectos de pensión, de las semanas cotizadas en el RAIS, por parte de la señora demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas. SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a la AFP PORVENIR S.A., a favor de la demandante. Deben liquidarse las costas por secretaría e incluir

como agencias en derecho la suma de $800.000. OCTAVO: De no ser apelada esta providencia, debe remitirse al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, por las condenas impuestas a COLPENSIONES (sic)" (CD2, Archivo *"11001310501020180056600-20210504_162216-Grabación de la reunión.mp4"*, Min. 48:35).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio probatorio alguno que brinde certeza y veracidad sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP, sin que el traslado horizontal entre AFP no convalida el traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de PORVENIR S.A. pidió que se revoque la condena como quiera que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria. Además, ninguna norma legal establece la nulidad o ineficacia del traslado como consecuencia de la falta al deber de información, aun cuando se le quiera dar un carácter proteccionista a las normas, pues únicamente el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece una sanción para quien atente contra el deber de información o selección de régimen pensional. Y, en caso de confirmar la ineficacia, solicitó se absuelva de devolver dineros de comisiones por administración y las primas de seguros que cubrieron al demandante durante su afiliación, conforme al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 y a concepto de la Superintendencia Financiera, pues no hacen parte de las retribuciones mutuas que se generarían por dicha circunstancia (CD2,

Archivo *"11001310501020180056600-20210504_162216-Grabación de la reunión.mp4"*, Min. 52:58)[1].

---

[1] *"Listo, señora Juez. Entonces estando dentro de la etapa procesal oportuna, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida. Recurso que presento y sustento de forma en forma total de lo que fue adversa la sentencia a los intereses de mi representada, bajo las siguientes consideraciones: Consideramos y como a bien lo expusimos en la contestación, incluso en los alegatos de conclusión, no existe razón alguna para imponerle a mi representada la obligación de trasladar del régimen de pensiones a la ahora demandante en razón a un supuesto deber de información… por parte de mi representada. Es necesario tener en cuenta que no hay ninguna norma legal que consagre esa consecuencia, en el evento en que exista una deficiencia en la información que se le dio al afiliado, antes de que se tomara esa decisión. Por su parte, también se debe tener en cuenta que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no consagra expresamente la ineficacia de traslado de régimen pensional, por fallos en la información suministrada al afiliado, dado pues que es una norma de carácter eminentemente sancionatorio, en cuanto establece una sanción para quien atente contra el derecho de información y selección de organismos o instituciones del sistema de la seguridad social, pero no consagra ningún derecho sustancial. Entender que una deficiencia de información equivale a impedir el derecho de afiliación o de selección, constituye una hermenéutica equivocada que no corresponde con la realidad de interpretación de las leyes aplicables en nuestro ordenamiento, vale decir, es hacerle decir a la norma algo que no surge de su tenor literal cabalmente entendido, que está dirigido a sancionar otro tipo de conductas diferentes al incumplimiento de una obligación, ya que sanciona una actuación positiva y no una omisión, a lo que por ningún lado se hace referencia. Asumir que la conducta de quien no da información completa es la misma de la de quien con actos deliberado impide la afiliación o selección de régimen, no guarda ningún sentido por más que quiera conferirle a la norma un carácter eminentemente protector. De los artículo 272 de la Ley 100 de 1993, del artículo 13 del CST, 53 de la Constitución Política de Colombia, tampoco es posible concluir la ineficacia de traslado de régimen a falta de información correcta al afiliado. Ninguna de esas normas establece esa consecuencia y obviamente refieren al traslado del régimen, de regímenes pensionales, por lo que no hay ningún elemento de juicio para extraer de ellas una consecuencia formal, como es la, como es la ineficacia de un acto jurídico, solamente con base en su naturaleza proteccionista. Ahora bien, aunado a todo lo anterior, debe tenerse en cuenta por parte del Tribunal, que en el debate probatorio desarrollado en el presente caso, especialmente en el interrogatorio de parte realizado a la señora BOLÍVAR, se demostró que suscribió un formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A., de manera libre, voluntaria, momento en el cual se trasladó de régimen y adicionalmente la afiliación y el deber de información fue brindado incluso en su lugar de trabajo. Así las cosas, bajo este escenario, este despacho se alejó de la normatividad vigente y aplicable en este caso, como quiera que al no existir la obligación de trasladar de regímenes pensionales a la, a la ahora demandante en razón a supuesta ausencia de información completa por parte de mi representada y por otro lado al haber demostrado que mi representada realizó un claro proceso de información, consecuentemente se llega a la conclusión que no se puede considerar como una omisión por parte de PORVENIR S.A. ni establecer condena alguna ante mi representada por dichos conceptos. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior y si el operador judicial que resuelva el presente recurso de apelación, considera que mi representada se encuentra en la obligación de efectuar el traslado de régimen, de régimen de la parte actora, solicito amablemente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se tenga de presente que, el hipotético caso de que se, de declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional que en materia del presente proceso, no resulta viable como parte de las prestaciones mutuas que corresponden, se ordene a la administradora demandada, la devolución de gastos destinados a la administración y de las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales que ha estado obligada a contratar. Ello es así, porque las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen por mandato legal una destinación específica, en este caso, se cumplieron plenamente su cometido en el período en el cual la demandante mantenía en su vinculación con el régimen de ahorro individual, en el RAIS, de tal suerte que esas sumas ya no eran debidamente invertidas en la forma exigida por la Ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaba la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta individual de la ahora demandante, principalmente en el manejo de las inversiones, tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de*

En el recurso, la apoderada de PROTECCIÓN S.A. pidió que se revoque parcialmente la decisión como quiera que, en caso de confirmar la ineficacia,

---

estos recursos. No tiene ningún sentido y no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de la nulidad de un acto jurídico, que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso las sumas depositadas en una cuenta, igualmente devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo, en cumplimiento de mandatos legales que estaba obligada a acatar. Es claro que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron, por haber sido destinadas en cumplimiento de su objetivo, el cual no es otro que manejar los fondos y las cuentas individuales de los afiliados. Es decir, no está en poder de la administradora, ya que por exigencia de la Ley estuvo obligada a invertirlas en la obtención de la renta mínima que debe garantizar. En este mismo orden de ideas, tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de servicios provisionales, por cuanto ya no están que su poder, sino en el de la compañía aseguradora que contrató para la cobertura de pagos de sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que, por mandato legal, así lo requerían. La destinación de estas sumas, también cumplió con el objetivo, con su objetivo y, en consecuencia, que ya se agotaron o extinguieron la cobertura que brindó la respectiva compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo, por ser material y jurídicamente imposible. Por esta misma razón, no es viable que se restituyan las sumas que sirvieron para que esa cobertura se presentara. A mayor razón, sino no se cumpliría, si no, no cumpliría con el objetivo previsto legalmente, en el cual no existe la necesidad de contratar seguros previsionales para regímenes que sí están previstos en el RAIS. Así las cosas, no es jurídicamente procedente ordenar la devolución de gastos de administración y de lo pagado por concepto de prima de seguro provisional. En efecto, luego de explicar las diferentes, diferencias que existen entre los regímenes pensionales que, pese a coexistir en un ambiente en el que propende por la libertad de competencia y desarrollo económico, no puede pasarse por alto que estos son excluyentes entre sí, por ello es preciso, es impreciso comparar las mesos… las mesadas pensionales o el cálculo a través del cual se determina (sic) estas, tanto para quienes se encuentran afiliados al RPM con Prestación Definida, como para quienes se encuentren afiliados al RAIS, lo anterior pese a ser dos sistemas que buscan cumplir con un mismo objetivo, asegurar los riesgos de vejez, invalidez o muerte, reconocen prestaciones en condiciones y características totalmente diferentes. Como muestra de lo anterior, expone la Superintendencia Financiera que, mientras en el RPM con Prestación Definida los afiliados obtienen sus prestaciones en condiciones que ya se encuentra taxativamente regladas en la Ley, por su parte en el RAIS los afiliados obtienen sus prestaciones de acuerdo con los valores que hayan ahorrado en su cuenta de ahorro individual. Para esa Superintendencia, en lo que tiene que ver puntualmente con el traslado entre los regímenes pensionales, deben efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello que es el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, esta disposición normativa debe aplicarse en todos, todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de los recursos, porque desde luego incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la nulidad o la ineficacia del traslado. Consideramos entonces que existiendo una norma que regula la situación, no existe ninguna razón atendible para apartarse de ella e incluir conceptos que no tiene y que por razones lógicas no pueden trasladarse. Finalmente y a modo de conclusión, la Superintendencia Financiera de Colombia ha manifestado que lo procedentes sería que se respeten las restituciones mutuas que se hayan realizado, que no se ordene el traslado de la prima de seguro previsional y que tampoco se ordene la devolución de los gastos de administración que hay sido utilizadas para generar rendimientos a las cuentas de ahorro individual de los afiliados y que corresponden al trabajo de las administradoras, al trabajo de administrar dichos recursos, dada la autoridad doctrinal de esta entidad, se considera que los criterios antes expuestos merecen ser considerados y debidamente pueden, ponderados en el presente caso. Dicho todo lo anterior, solicito respetuosamente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que revoque la sentencia en lo que fue adversa a mi representada y en este sentido sustento yo presento el recurso de apelación que será ampliado en segunda instancia. Muchas gracias, señora Juez".

se debía absolver de devolver dineros de gastos de administración y las primas de seguros que cubrieron al demandante durante su afiliación, pues los mismos tienen una destinación legal específica y, en todo caso, al no encaminarse a financiar la pensión de vejez, debe evaluarse su eventual prescripción (CD2, Archivo *"11001310501020180056600-20210504_162216-Grabación de la reunión.mp4"*, Hora 1:02:52)[2].

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

---

[2] *"Muchas gracias, señora Juez, me permito de manera respetuosa interponer recurso de apelación de una manera parcial, respecto de las condenas en contra de mi representada, toda vez que la totalidad de los dineros propiedad de la señora demandante, MARÍA TERESA BOLÍVAR CORREA, fueron trasladados con destino a la AFP PORVENIR y la cuenta de ahorro individual de la demandante en mi representada se encuentra inactiva con su saldo en ceros. Ahora bien, es importante aclarar que los dineros correspondientes a las cuotas de administración, son descuentos legales, exequibles y vigentes, que se realizan en ambos regímenes, es decir que si la demandante hubiese permanecido afiliada al RPM con Prestación Definida esos descuentos se hubieran realizado también de sus aportes, exactamente en los mismos porcentajes, estos descuentos no financian la mesada pensional y se depositan en cuentas aparte de destinación específica y se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la demandante en los períodos que estuvo afiliadas a mi representada, rendimientos que se pueden evidenciar en el certificado de aportes trasladados que fue aportado como prueba documental en el presente proceso. Ahora bien, si se tiene que la ineficacia de la afiliación, es entender que la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media, la condena entonces debería limitarse a ordenar solamente el traslado de los aportes, más los rendimientos que estos hubiesen generado en el RPM con Prestación Definida, lo anterior en atención a las restituciones mutuas, toda vez que con la presente condena, COLPENSIONES está incurriendo en un enriquecimiento sin causa, porque está recibiendo los frutos de una administración que ellos, que COLPENSIONES no llevó a cabo y adicionalmente está recibiendo los rendimientos, perdón, las cuotas de administración que son la contraprestación por esta gestión que COLPENSIONES no realizó. Adicionalmente, los dineros de la demandante no sufrieron deterioro alguno por parte de mi representada, tal y como se evidencia en el certificado de aportes trasladados, generó buenos rendimientos, superiores al mínimo exigido por la normatividad durante los períodos que estuvo afiliada a mi representada. Finalmente, solicito de manera respetuosa al H. Tribunal, se aplique la prescripción a estos dineros correspondientes a las cuotas de administración, toda vez que la vocación de estos dineros no es la de financiamiento de la mesada pensiona, razón por la cual el concepto les es plenamente aplicable y ha transcurrido el término suficiente para que se dé la configuración de la misma. Dejo así sustentado mi recurso, muchas gracias".*

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

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 34 años de edad y había cotizado 228 semanas[3]; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 6 meses y 20 días cotizados); y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión de vejez (tenía 57 años – ver CD 1 y folio 52).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [4] [5], según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las

---

[3] Ver historia laboral actualizada de PORVENIR en expediente administrativo CD 1.

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

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

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que el día en que su traslado obedeció a una reunión grupal en que un asesor de PORVENIR S.A. no le permitió siquiera ver el formulario, sólo les pidieron datos para diligenciarlo y firmarlo, le dijeron que por el RPM era sólo para quienes venían afiliados al ISS, el cual se iba a acabar, y que al estar afiliada a la Caja de Previsión Social del Distrito debía pasarse a un fondo privado, en el cual se iba a pensionar mejor a que si estuviera en un régimen público. Relató que los traslados posteriores obedecieron a reuniones similares en las que simplemente les indicaban que no perdía nada con cambiar de un fondo a otro, en ninguno recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes

pensionales (CD2, Archivo *"110013105010201800566600-20210504_144522-Grabación de la reunión.mp4"*,, Min. 34:05).

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

Se resalta que, pese a que la demandante se encontraba afiliada a la Caja de Previsión del Distrito, el traslado debía efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó la Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y estableció que *"las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley"*. Sobre la materia, el Decreto 2527 de 2000, estableció que las Cajas, Fondos, o entidades públicas continuaran reconociendo o pagando pensiones, *"mientras susbistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones"*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de

ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía la Juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

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

Costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

DECISION

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

RESUELVE

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

2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.

3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE ANA FRANCISCA GARCÍA DE HERNÁNDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Bogotá D. C., treinta (30) días de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 25 de enero de 2021 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar en favor de la demandante pensión de sobrevivencia por el fallecimiento de HELADIO HERNÁNDEZ GUANA.

Téngase a la doctora María Alejandra Almanza Núñez, identificada con T.P. 273.998, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANA FRANCISCA GARCÍA DE HERNÁNDEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca pensión de sobrevivencia bajo los

parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por el fallecimiento de su cónyuge HELADIO HERNÁNDEZ GUANA ocurrida el 11 de enero de 2001. Afirma que el causante era beneficiario del régimen de transición, y que además de tener más de 300 semanas cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, para el 1° de abril de 1994, cumplió el requisito de 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al óbito y 1000 semanas en toda la vida laboral. Señala que la calidad de beneficiaria de la demandante fue reconocida por COLPENSIONES en la resolución a través de la cual reconoció a su favor la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Pide que se reconozca la prestación a partir del 11 de enero de 2001 junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y de forma subsidiaria se reconozca el derecho pensional en aplicación del principio de *condición más beneficiosa* (ver demanda en folios 2 a 16 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el causante no cumplió los requisitos que le darían acceso a sus beneficiarios a la pensión de sobrevivientes, pues si bien cotizó 1305 semanas, no se encontraba cotizando al Sistema para el momento de la muerte (la última cotización se hizo en el ciclo de abril de 1999), y no había cotizado 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a dicho suceso. Además, advirtió que el causante no alcanzó a consolidar ningún derecho como beneficiario del régimen de transición, pues falleció cuando tenía 53 años de edad, y que en la Resolución proferida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (hoy COLPENSIONES) en el año 2001, la entidad reconoció la calidad de beneficiaria de la demandante por haber convivido con el causante desde el 29 de junio de 1973 hasta el momento de su deceso. También se opuso a la pretensión subsidiaria de la demanda, afirmando que el precedente jurisprudencial en materia de condición más beneficiosa se consolidó en el año 2017 (sentencia 4650 de 2017) y el deceso tuvo lugar en el año 2001. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos*

administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la *innominada o genérica* (ver contestación en folios 80 a 84 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de enero de 2021, mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar en favor de la demandante la pensión de sobrevivencia por el fallecimiento de HELADIO HERNÁNDEZ GUANA. La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR que el afiliado, causante, HELADIO HERNÁNDEZ GUANA le es aplicable el principio de condición más beneficiosa para que su derecho pensional le sea resuelto bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990, de conformidad a lo expuesto en la presente sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que la demandante ANA FRANCISCA GARCÍA DE HERNÁNDEZ en calidad de cónyuge supérstite del causante HELADIO HERNÁNDEZ GUANA tiene derecho a percibir una pensión de sobrevivientes en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente de cada anualidad, a partir del 11 de enero de 2001, a razón de 14 mensualidades al año. TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de todas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 28 de agosto de 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reconocer y pagar a la demandante ANA FRANCISCA GARCÍA DE HERNÁNDEZ el retroactivo pensional que asciende a la suma de $49.504.093 causado entre el 29 de agosto de 2016 a la fecha de la emisión de la presente providencia. QUINTO: AUTORIZAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES descontar del retroactivo pensional los aportes al Sistema General en Salud. SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada, liquídense por Secretaría e inclúyase la suma*

de $1.000.000, valor en el que se estima las agencias en derecho de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. OCTAVO: CONSULTAR esta providencia a favor de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COPENSIONES ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia" (CD 4, audiencia virtual, minuto 42:18).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, estudio el derecho pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, y concluyó que el causante cumplió los requisitos dispuestos en dicha normatividad pues tenía 907.72 semanas cotizadas para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994). Ordenó, por prescripción, el pago de las mesadas pensionales a partir del 28 de agosto de 2016, en cuantía de 1 SMLMV, y negó el reconocimiento de intereses moratorios dado que el derecho se reconoció en virtud del criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre el principio de la condición más beneficiosa.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la demandante solicita que se reliquide el IBL, se aplique una tasa de reemplazo del 90%, y se reconozcan intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas. Afirma que el causante era beneficiario del régimen de transición y completó el número mínimo de semanas para causar el derecho pensional (500 semanas dentro de los 20 años anteriores y 1000 semanas en toda la vida laboral) y el requisito de edad se debe entender cumplido con el fallecimiento del causante, conforme la jurisprudencia trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia (SL 2392 de 2018 y SL 16811 de 2015). Considera que la mesada pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 es superior a la reconocida en primera instancia, y que los intereses moratorios operan de manera automática cuando

la pensión no se reconoce en los plazos que establece la ley (CD 4, audiencia virtual, minuto 44:22)[1].

[1] *"Me permito respetuosamente presentar recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de proferir el despacho, teniendo en cuenta para ello que no se pronuncia el despacho con respecto a la pretensión principal. Recordemos que dentro del libelo introductorio se solicita en primera medida el reconocimiento de la pensión, pero bajo el régimen de transición, solidariamente teniendo en cuenta que el requisito reunía ambas condiciones se pide el principio de la condición más beneficiosa, pero no se dijo cuáles eran los motivas de la no procedencia del régimen de transición y en este caso, pues de acuerdo a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2393 del año 2018, se dijo "es posible acceder a la pensión de sobrevivientes cuando el causante hubiere cumplido el número mínimo de semanas exigido en el RPM administrado por el ISS, según lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición, el artículo 36 de la misma ley, el número de cotizaciones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, le corresponde como lo dijo el juez colegiado a 500 semanas en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad pensional o al fallecimiento del afiliado, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la sala o 1000 en cualquier tiempo", y en sentencia SL 16811 de 2015, radicado 47102 del 18 de noviembre de 2015 la Corte expresó en el mismo sentido que "excepcionalmente la Sala ha aceptado la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, eso sí, siempre y cuando la persona fallecida sea beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo anterior toda vez que las normas vigentes de ese acuerdo forman parte del régimen de prima media con prestación definida, y en segundo lugar debe utilizarse en materia de edad número de semanas cotizadas y monto de la prestación para los beneficiarios del régimen de transición y pensional" así las cosas, el causante efectuó cotizaciones antes del 1° de abril de 1994, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley contaba con más de 40 años de edad, nunca se trasladó y falleció el 1° de enero de 2011. Sumado a lo anterior, el causante en sus últimos 20 años de vida cotizó al RPMD más de 500 semanas, que se coligen de la historia laboral actual del causante, y por si fuera poco también puede evidenciar que cotizó más de 1000 semanas en toda su vida laboral, todo lo anterior permite determinar que el causante tenía el régimen de transición en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establece en el artículo 12 los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Cabe recalcar en este caso que el requisito de edad del causante se tiene que entender como cumplida con la fecha de su fallecimiento, lo cual ocurrió en este caso el día 11 de enero de 2001. Al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 16811 del 2015 ya citada que indica "por otra parte en cuanto al argumento conforme al cual la muerte habilita la edad, debe precisarse por supuesto que ello es así, pero bajo el entendido de que el afiliado fallecido hay sido beneficiario del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y entre los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de su fallecimiento, lo que ocurra primera, hubiere cotizado 500 semanas al seguro social. De esta suerte, la asimilación de la edad mínima para pensionarse a la fecha de muerte como parámetro para contabilizar los 20 años dentro de los cuales debieron haberse cotizado las 500 semanas o las 1000 semanas en toda la vida. De este modo, era necesario que el despacho se pronunciara en su momento y reconociera la pensión bajo estos argumentos, toda vez que se logró demostrar dentro del proceso que el causante era beneficiario del régimen de transición y por lo tanto se le debía aplicar el Acuerdo 049 de 1990, por ser una pensión (…) más favorable (…) reconocerse esta bajo el principio o bajo el régimen de transición. Con respecto a los intereses moratorios, pues la ser una pensión que se reconoce bajo el régimen de transición, son totalmente procedentes los intereses moratorios.*

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia. Insiste en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, para lo cual advierte que si bien el causante era beneficiario del régimen de transición por edad y semanas cotizadas, falleció a la edad de 53 años, por lo que no se pudo consolidar el derecho pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 a fin de reconocer la pensión de vejez *post-mortem*. Además, señaló que COLPENSIONES

Razón por la cual le solicito al Tribunal revoque la sentencia en el sentido de reconocer la pensión de sobrevivientes bajo el principio o bajo el régimen de transición, que se le aplique en este caso a mi poderdante teniendo en cuenta lo manifestado en la demanda y en las pruebas allegadas y los argumentos de este apoderado. En cuanto los intereses moratorios, sobre el tema hace referencia la sentencia SL 508 de 2020, la sentencia SL 4609 de 2019, de la Corte Suprema de Justicia, en el cual indica que para establecer la validez de los intereses moratorios los jueces laborales no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para determinar si se enmarcó dentro de los postulados de la buena fe al negar una prestación, sino que la condena por intereses moratorios establecida en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, opera de manera automática, cuando a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales sentencia SL 508 de 2020. Adicionalmente la reciente sentencia SL 1681 de 2020, con ponencia de la doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDA, la Magistrada Ponente de la Corte Suprema de Justicia indicó "no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras, a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues se repite estas prestaciones hacen parte del Sistema General de Pensiones. Finalmente, la Sala concluye que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal. Por lo anterior la sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y en su lugar postula que los intereses moratorios del artículo 141 aplica a todo tipo de pensionales legales reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de la Pensiones. Así las cosas, se solicita el reconocimiento de los intereses moratorios en favor de la demandante del reconocimiento de cada una de las mesadas pensionales". Así las cosas, pues solicito nuevamente a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia y en su lugar, se reconozca la pensión a mi poderdante de sobrevivientes teniendo en cuenta de que el causante era beneficiario del régimen de transición, y por lo tanto pues se le reconozcan las 14 mesadas pensionales, se le reconozca una pensión mayor al SMLMV teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación, el número de semanas que tenía cotizados el causante, que la tasa de reemplazo equivale al 90% de ese IBL y se reconozcan los intereses moratorios toda vez que se corresponde a una pensión de origen legal no jurisprudencial, por lo tanto son aplicables los intereses moratorios establecidos en el artículo 141, teniendo en cuenta de que no existía ninguna razón para que la entidad negara el derecho pensional. Bajo esos argumentos pues presentó mi recurso de apelación".

reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante y en dicha decisión se advirtió que el causante tenía 1305 semanas cotizadas para su fallecimiento pero dejó de efectuar aportes en abril de 1999 y no cotizó dentro del año inmediatamente anterior al óbito, y estimó que en el caso bajo estudio no se pueden aplicar las reglas jurisprudenciales de la condición más beneficiosa, pues dicho criterio se consolidó en el año 2017 y el causante falleció en el año 2001 (CD 4, audiencia virtual, minuto 52:33)[2].

[2] *"Muy respetuosamente me permito interponer el recurso de apelación en contra de la decisión tomada el día de hoy, de confirmada con los siguientes argumentos y para que sea resuelto por el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con los siguientes argumentos. Vale recalcar que la pretensión principal de la parte demandante es el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes desde el 11 de enero de 2001, fecha en la cual muere el esposo de la demandante, el señor Heladio Hernández, con su respectiva tasa prestaciones y para lo cual es necesario indicar que el reconocimiento de una pensión post-morten del señor Heladio se debe tener en cuenta lo establecido en la Ley 100 de 1993, la cual establece que serán beneficiarios del régimen de transición los hombres cuando tuvieran 40 años de edad y hubiesen cotizado mínimo 15 años de servicios para la entrada en vigencia de dicha normatividad. Para lo cual se tiene que el demandante nación el 28 de abril de 1947, que para la entrada en vigencia de dicha normatividad, 1° de abril de 1994, contaba con 46 años de edad, y revisada la historia laboral se evidencia que el demandante cuenta con 15 años de servicios, por lo cual es en principio beneficiario del régimen de transición. Sin embargo, también hay que analizar los parámetros establecidos en el artículo 4° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual entró a regir el 29 de junio de la misma anualidad, para lo cual dicha normatividad establece que los afiliados deben tener mínimo 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 29 de junio de dicha anualidad, y pues se tiene que el demandante sí logró cotizar dichas semanas. Por lo cual, se revisan los artículos 12 del Acuerdo 049 de 1990, e igual reza que serán beneficiarios de la pensión de vejez los hombres que tengan 60 años de edad, y 55 en el caso de las mujeres, y tener un mínimo de 500 semanas cotizadas en los últimos 10 años anteriores o 1000 semanas en cualquier tiempo. Por lo anterior, pues se tiene que el demandante al momento de su fallecimiento, esto es el 11 de enero de 2001, contaba con 53 años de edad, por lo que se puede evidenciar que no dejó consolidado su derecho a la pensión conforme a los requisitos anteriormente mencionados. Por otra parte, el ISS ya expidió un acto administrativo en el cual reconoce y fundamenta una indemnización sustitutiva a favor de la señora ANA FRANCISCA HERNÁNDEZ, según Resolución 027961 del año 2001, en la cual se resolvió que el causante falleció el 11 de enero de 2001, que la señora ANA FRANCISCA GARCÍA presentó solicitud de reclamación de pensión de sobrevivientes el día 27 de julio de 2001, que cumplió los trámites legales y estableció que el señor HELADIO HERNÁNDEZ GUANA en el momento de su fallecimiento no estaba cotizando al Sistema y acreditó un total de 1305 semanas en las cuales no fueron cotizadas en el último año de vida, según lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual exige 26 semanas dentro del lapso del año inmediatamente anterior al fallecimiento. Que según el artículo 49 de dicha norma, al momento del fallecimiento, el asegurado no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, habrá derecho a recibir una indemnización sustitutiva la cual fue reconocida en dicho acto administrativo. Según los dispuesto en el artículo 47 de dicha ley, y luego de estudiar la solicitud, se establece que es procedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a cargo de la señora ANA FRANCISCA GARCÍA HERNÁNDEZ. También es de tener en cuenta que el artículo 6 del Decreto 1730 del año 2001, reza lo siguiente: la incompatibilidad salvo lo previsto en el artículo 53 del decreto 1295 del año 1994, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y de invalidez son incompatibles con las*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que HELADIO HERNÁNDEZ GUANA falleció el 11 de enero de 2001 (folio 17). Tampoco se discutió la condición de beneficiaria de una eventual pensión en ANA FRANCISCA GARCÍA DE HERNÁNDEZ cónyuge supérstite pues así lo reconoció el ISS, hoy COLPENSIONES, en la Resolución No. 027961 de 26 de noviembre de 2001 al disponer en su favor el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en la suma total de $9.003.981; sobre esto último, se aportó al proceso –además- registro civil de matrimonio en el cual se observa que ANA FRANCISCA GARCÍA DELAGDO y HELADIO HERNÁNDEZ GUANA contrajeron nupcias el 29 de junio de 1973 (ver folio 18). Tampoco se discutió que el causante cotizó en vida 1305 semanas al ISS, hoy COLPENSIONES (ver folio 31, documento aportado por la parte demandante, con validez probatoria en los términos del artículo 54 A CPT y SS).

En consonancia con los argumentos expuestos en los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, el Tribunal debe definir (i) si procede o no el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que se reclama y los parámetros bajo los cuales procede el

---

pensiones de vejez y de invalidez. Por lo anterior, se colige que en efecto no hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, dado que con base a las normas anteriormente citadas, y con base también a la historia laboral, se observa que el causante no logró acreditar un total de 1305 semanas cotizadas al ISS y teniendo en cuenta la última fecha de cotización, esta fue el 30 de abril de 1999, que según el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, se tiene que el demandante no logró tener por lo menos 26 semanas cotizadas en el último año de la muerte, y por lo cual, el asegurado el afiliado falleció el 11 de enero de 2001, y debió haber cotizado un mínimo de 26 semanas en el año inmediatamente anterior. Ahora bien su señoría pues también es de tener en cuenta que para la aplicación de la condición más beneficiosa, las sub-reglas que se establecieron y se dieron desde el año 2017, mediante sentencia 4650 del año 2017 por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la cual se puede colegir que la prestación deprecada no se pudo estudiar bajo los amparos de dichas sub-reglas, toda vez que el reconocimiento y el fallecimiento se hizo a partir del año 2001, fecha para la cual aún no se había establecido la sub-reglas de la condición más beneficiosa. Por lo anterior, pues se tiene que hay una inexistencia de derecho de la obligación por falta de causa y título para pedir, toda vez que COLPENSIONES actuó bajo los parámetros legales establecidos y se debe aplicar el principio de la buena fe en todas sus actuaciones. Por todo lo anterior, le solicito a los Honorables Magistrados que integran la Sala, se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones incoadas en su contra".

pago de la mesada pensional, y (ii) la procedencia de intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas.

(i) Para resolver lo primero, la Sala advierte desde ya que el derecho reclamado se regula por el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, pues si bien es cierto que la muerte del causante ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993 sin modificaciones, también lo es que para la fecha en que dicha norma entró en vigencia el demandante había cumplido todos los requisitos dispuestos en el Acuerdo 049 de 1990 para que se pudiera causar la prestación por sobrevivencia en favor de su núcleo familiar.

Según lo dispone claramente el artículo 25 del Decreto 758 de 1990, y por tratarse de un *seguro* para el cual venía cotizando el afiliado, el derecho de sus beneficiarios a una pensión de sobrevivientes nacía o se causaba cuando -COMILLAS DE LO DICHO EN LA NORMA- "*el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para tener derecho a la pensión de invalidez por riesgo común"*. Esta densidad la definía el artículo 6° del mismo decreto que exige 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la invalidez, o 300 semanas en cualquier época anterior a dicho estado.

Sobre la materia resulta particularmente claro el literal del artículo 26 del citado decreto al advertir que "*la pensión se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o pensionado"*, con lo cual se hace una correcta distinción entre el momento en que se causa o nace la prestación –por un lado-, y el plazo para pagar la primera mesada –por el otro-, asunto de capital importancia en cuanto de su comprensión dependerá la escogencia adecuada de la norma que regula el derecho de cada afiliado. En nuestro ordenamiento jurídico la norma que regula el acceso a un derecho es la que se encuentra vigente cuando éste se causa.

Como en el expediente se probó que el causante de la pensión reclamada efectuó 966.24 semanas de cotización entre el 1° de abril de 1970 y el 1° de abril

de 1994, es decir más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se causó sin duda alguna el derecho a la pensión de sobrevivientes de su núcleo familiar bajo las reglas que contenía el Decreto 758 de 1990, antes de su modificación, y el pago de las mesadas procedía desde la fecha de la muerte.

El número de semanas referido se obtiene de las cotizaciones reportadas por la entidad en la historia laboral actualizada allegada por la parte demandante (ver folio 21, con validez probatoria en los términos del artículo 54 A del CPT y SS).

Por lo anterior se causó el derecho pensional reclamado con fundamento en el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990, tal como lo reclama la parte actora en la demanda y en la impugnación. No obstante y dado que para el momento de la muerte del causante (año 2001) las normas no permitían el acceso a la pensión de vejez en el entendido de que la muerte habilita el requisito de edad mínima para pensionarse, pues ello solo fue permitido con la reforma al Sistema General de Pensiones que introdujo la Ley 797 de 2003[3], no caben los argumentos que expone la demandante para la aplicación de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas en la impugnación (SL 16811-2015 y SL 2392 de 2018).

El pago de la pensión se podía exigir desde la muerte del causante, ocurrida el 11 de enero de 2001, sin embargo, por prescripción, la entidad demandada solo está obligada a pagar las mesadas que corrieron desde el 28 de agosto de 2016, 3 años antes de la interposición de la presente demanda (el 28 de agosto de 2019 – ver folio 33), y se debe pagar en 14 mesadas anuales dado

---

[3] Parágrafo 1°, artículo 12 de la Ley 797 de 2003: "PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de esta ley. El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo, será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.".

que la prestación se causó antes de la entrada en vigor de Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de junio de 2005).

Por lo dicho, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto dispuso el pago de la prestación a partir de la fecha referida.

Para definir el valor de la primera mesada pensional, el Tribunal realizó las operaciones aritméticas con base en las últimas 100 semanas de cotización reportadas en la historia laboral allegada por la demandante (folio 21), en atención a los establecido en el parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990[4], y aplicó una tasa de reemplazo del 90% conforme la tabla establecida en el parágrafo 2° del Decreto 758 de 1990, pues en la Resolución 027961 de 2001 la entidad reconoció que el causante cotizó un total de 1305 semanas en toda la vida laboral.

De ello se obtuvo una mesada pensional de $317.598, levemente superior al SMLMV del año 2001 ($286.000). No obstante, aplicando los incrementos anuales pertinentes para obtener el valor de la mesada en los años subsiguientes, se obtiene una mesada inferior al SMLMV del año 2016 data a partir de la cual procede el pago de la mesada pensional por prescripción (se obtiene $646.337 y el SMLMV era DE $689.455).

En consecuencia, se confirmará también la sentencia dictada en primera instancia en cuanto dispuso el pago de la mesada pensional en cuantía de un SMLMV. No obstante, se revocará en cuanto definió un valor específico por concepto de retroactivo pensional, pues tratándose de prestaciones periódicas el saldo final que debe pagar el deudor por mesadas solo se obtiene cuando se hace la inclusión en nómina.

---

[4] *"El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas. El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses*". La fórmula para realizar la liquidación referida fue explicada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 11162 de 12 de julio de 2017 (M.P. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS).

Estudiando en consulta a favor de COLPENSIONES, se adicionará la decisión de primera instancia para autorizar a ésta entidad para que descuente del valor del retroactivo pensional que resulte a favor de la demandante, la suma de dinero que pagó a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva debidamente indexada (ver folio 19), como lo ha dispuesto en casos similares la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Ver SL 3320 de 2018).

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Año	Mes	Días	Salario Base
1997	Febrero	27	$ 439.200
1997	Marzo	30	$ 474.000
1997	Abril	30	$ 462.000
1997	Mayo	30	$ 462.000
1997	Junio	30	$ 462.000
1997	Julio	30	$ 465.000
1997	Agosto	30	$ 427.000
1997	Septiembre	30	$ 482.000
1997	Octubre	30	$ 442.000
1997	Noviembre	30	$ 491.000
1997	Diciembre	30	$ 519.000
1998	Enero	30	$ 452.000
1998	Febrero	13	$ 200.000
1998	Junio	30	$ 203.825
1998	Julio	30	$ 203.825
1998	Agosto	30	$ 203.825
1998	Septiembre	30	$ 203.825
1998	Octubre	30	$ 203.825
1998	Noviembre	30	$ 203.825
1998	Diciembre	30	$ 203.825
1999	Enero	30	$ 236.460
1999	Febrero	30	$ 236.460
1999	Marzo	30	$ 236.460
1999	Abril	30	$ 236.460

DÍAS COTIZADOS (100 SEMANAS): 700

SALARIO BASE MENSUAL: ($8.149.815/100) * 4.33 = $352.887

TASA DE REMPLAZO: 90%

PRIMERA MESADA (2001): $317.598

MESADA PENSIONAL EN LOS AÑOS SUBSIGUIENTES

AÑO	MESADA SOBREVIVENCIA	INCREMENTO
2001	$ 317.598	7,65%
2002	$ 341.894	6,99%
2003	$ 365.793	6,49%
2004	$ 389.533	5,50%
2005	$ 410.957	4,85%
2006	$ 430.888	4,48%
2007	$ 450.192	5,69%
2008	$ 475.808	7,67%
2009	$ 512.303	2,00%
2010	$ 522.549	3,17%
2011	$ 539.113	3,73%
2012	$ 559.222	2,44%
2013	$ 572.867	1,94%
2014	$ 583.981	3,66%
2015	$ 605.355	6,77%
2016	**$ 646.337**	5,75%
2017	$ 683.502	4,09%
2018	$ 711.457	3,18%
2019	$ 734.081	3,80%
2020	$ 761.976	

(ii) Para resolver la apelación propuesta por la parte demandante frente al pago de intereses moratorios sobre cada una de las mesadas adeudadas, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estableció a cargo de las entidades del Sistema de pensiones intereses de mora por el retardo en el pago de las mesadas de pensión a sus afiliados. Tratándose de la primera de ellas, en pensiones de sobrevivientes, el interés corre cuando transcurre el plazo de dos meses que tienen las entidades del Sistema para agotar el trámite administrativo y de

investigación pertinente a la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes (artículo 1° ley 717/2003).

En palabras de la Corte Constitucional (sentencia C-601 de 2000) dicho interés corre para todas las pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones, pues la Ley 100 de 1993 no creó "*privilegios entre quienes han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos*" ni distinguió entre pensionados. Además, en situaciones como la que se decide en esta audiencia, la Sala Laboral de la Corte estimó la integración normativa del Acuerdo 049 con la Ley 100 de 1993 para efectos del interés moratorio (sentencia del 28 de marzo de 2006, radicación 26223 y sentencia SL 464 de 2021).

Así las cosas, y dado que a la demandante se le adeudan las mesadas de una pensión de sobrevivencia causadas desde el 28 de agosto de 2016, tiene derechos a recibir intereses moratorios sobre cada una de las mesadas adeudadas. Estos corren a partir de la misma data (28 de agosto de 2016) y hasta la fecha en que la entidad pague lo adeudado.

Se adicionará también la sentencia de primera instancia para disponer lo pertinente.

SIN COSTAS en segunda instancia.

DECISION

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para: (i) **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a ANA FRANCISCA GARCÍA DE HERNÁNDEZ intereses moratorios sobre cada una de las mesadas adeudadas. Estos corren desde el 28 de agosto de 2016 hasta la fecha en que la entidad pague lo adeudado; y para (ii) **AUTORIZAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que descuente del retroactivo pensional adeudado a la demandante, la suma de dinero que pagó por indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes debidamente indexada, como se expuso en la parte motiva.
2. **REVOCAR** el numeral CUARTO de la sentencia dictada en primera instancia.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

ACLARACION DE VOTO

SALVO VOTO PARCIALMENTE

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE LUZ MARY MENDOZA REYES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LUZ MARINA PEÑA DE GÓNGORA

Bogotá D. C., treinta (30) días de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA otorgado en favor de la demandante LUZ MARY MENDOZA REYES, la sentencia dictada por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de mayo de 2021, en la cual negó el reconocimiento a su favor del 50% de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de MARIO GÓNGORA MORENO.

Téngase a las doctoras MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, quien se identifica con T.P. 288.820, y ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, quien se identifica con T.P. 221.228, para actuar como apoderadas principal y sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme al poder y el memorial de sustitución conferidos, respectivamente (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ MARY MENDOZA REYES presentó demanda contra COLPENSIONES y contra LUZ MARINA PEÑA DE GÓNGORA para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, le fuera reconocido el 50%

de la pensión de sobrevivientes causado por la muerte de su compañero permanente MARIO GÓNGORA MORENO (el 5 de febrero de 2008), con intereses de mora y costas. Afirmó que convivieron en unión marital de hecho desde el 1 de noviembre de 2002 hasta la fecha del fallecimiento, tiempo en el que concibieron una hija de nombre MARÍA CAMILA GÓNGORA MENDOZA, quien para la fecha de la demanda tenía 6 años de edad y a quien COLPENSIONES reconoció el 50% de la prestación mediante Resolución No. 320817 de octubre de 2015. Manifestó que la referida entidad le reconoció auxilio funerario mediante Resolución CUN – A60227 del 19 de agosto de 2008 y negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente mediante Resoluciones Nos. 007005 del 26 de febrero de 2009, 56220 del 26 de noviembre de 2009 y 04864 del 18 de octubre de 2011, con el argumento de que el causante tenía un vínculo conyugal y no había certeza de su terminación, por lo que debía dejar la prestación en suspenso para que fuera resuelta por la justicia ordinaria. Informó que MARIO GÓNGORA MORENO tuvo vínculo matrimonial con LUZ MARIANA PEÑA DE GÓNGORA hasta su fallecimiento, pero convivió con su esposa desde el 17 de marzo de 1979 hasta enero de 1998 únicamente (folios 2 a 9).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por COLPENSIONES mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que debe ser la jurisdicción ordinaria quien determine a quien corresponde la prestación, una vez se demuestre el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, como el de convivencia. Propuso como excepciones las denominadas *prescripción y caducidad*, *inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir*, *cobro de lo no debido*, *no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno*, *no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria*, *buena fe* y *declaratoria de otras excepciones* (folios 40 a 47).

La demandada LUZ MARINA PEÑA DE GÓNGORA fue representada en el proceso por curador ad litem, quien dio contestación a la demanda. No se

opuso a las pretensiones por carecer de elementos probatorios y de sustento legal para ello. Propuso como excepción *la genérica de que trata el art. 282 del Código General del Proceso* (folios 38 y 39).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de mayo de 2021, en la cual negó el reconocimiento de la pensión reclamada. Para tomar su decisión estimó que si bien la pensión de sobrevivientes se causó en favor de la hija menor de edad del causante, la demandante no acreditó convivencia durante al menos 5 años anteriores a la fecha de la muerte, pues los dichos de los testigos en audiencia fue desvirtuado por las declaraciones extraproceso y los testimonios rendidos ante el Juzgado Tercero (3) de Familia de Bogotá que obran en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES, en las que incluso la demandante reconoció que la convivencia con el *de cujus* inició en junio de 2005, menos de 3 años antes del óbito (5 de febrero de 2008).

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y a la señora LUZ MARINA PEÑA DE GÓNGORA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora LUZ MARY MENDOZA REYES, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la condición de beneficiaria de la demandante, relevándose el Despacho de cualquier otro tipo de estudio de análisis adicional. TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia. CUARTO: En caso de no ser apelado el presente fallo súrtase grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá" (CD 3, Archivo 11001310501220160043300s20210242393 05_10_2021 08_12 PM UTC.mp4, Min 26:45).

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional

de consulta, como lo dispone el artículo 69 del CPTSS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que MARIO GÓNGORA MORENO falleció el 5 de febrero de 2008 (folio 10) estando afiliado al Sistema de seguridad Social en pensiones, y que dejó causada pensión de sobrevivencia que fue reconocida en un 50% a favor de MARÍA CAMILA GÓNGORA MENDOZA, hija menor de edad del causante con la aquí demandante (CD 1 – Expediente Administrativo del causante). En la Resolución GNR 320817 del 19 de octubre de 2015 (folios 23 a 28) la entidad reconoció la prestación conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 –norma vigente para la fecha del óbito- al establecer que el causante *cotizó 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento*.

El Tribunal debe definir si la demandante demostró las condiciones para acceder al 50% de la pensión de sobrevivencia causada por la muerte de MARIO GÓNGORA MORENO, en calidad de compañera permanente.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente para la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la pensión de sobreviviente, en forma vitalicia, a la cónyuge o al (la) compañero(a) permanente supérstite del pensionado o afiliado[1], si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco (5) años continuos antes del óbito; y en forma temporal, al (la) cónyuge o compañero(a) permanente supérstite del pensionado o afiliado que tenga menos de 30 años de edad y no haya procreado hijos con éste.

La carga de demostrar estas situaciones la tiene la parte que alega el hecho, a tenor de los dispuesto en el artículo 167 del CGP, y la prueba aportada para

[1] Sentencia SU-142 de 2021

el efecto debe ser clara y suficiente pues, también lo ha dicho la Corte, la pensión de sobrevivencia protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO).

Bajo este criterio normativo y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia que negó el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes a favor de LUZ MARY MENDOZA REYES, pues las pruebas aportadas al plenario no demuestran convivencia como compañera permanente de MARIO GÓNGORA MORENO dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

Los testimonios rendidos por ROGELIO MENDOZA PATAQUIVA (padre de la demandante - CD 3, Archivo 11001310501220160043300s20210242393 05_10_2021 06_36 PM UTC.mp4, Min. 17:50) y ÓSCAR AUGUSTO ROMERO (cuñado de la demandante - CD 3, Archivo 11001310501220160043300s20210242393 05_10_2021 06_36 PM UTC.mp4, Min. 30:39), no son suficientes para acreditar convivencia entre la demandante y el causante antes del fallecimiento. El testigo ÓSCAR AUGUSTO ROMERO, cuñado de la demandante, pese a que refirió ser muy cercano a la pareja, visitarlos frecuentemente y haberlos ayudado a mudarse de Bosa a la casa de su suegro en Suba, no ofrece credibilidad en tanto fue contradictorio al referir que la convivencia inició en 2003 y duró 8 años, pues la muerte del causante ocurrió el 5 de febrero de 2008 (5 años después), y aseguró que para entonces la hija de ellos, MARÍA CAMILA, estaba muy pequeña, situación que no se acompasa con la realidad, pues ella nació más de 5 meses después del óbito (18 de julio de 2008). A su vez, el testigo ROGELIO MENDOZA PATAQUIVA, padre de la demandante, pese a haber afirmado que tenía excelente relación con su yerno quien mantuvo una relación con su hija de 5 a 6 años, y que los 2 últimos los dejó vivir en su casa, no pudo señalar las fechas durante las cuales hubiera ocurrido, y sus afirmaciones se desvirtúan con las declaraciones que rindió bajo gravedad de

juramento no sólo por el mismo testigo ROGELIO MENDOZA PATAQUIVA, sino por la aquí demandante, ante un notario el 16 de febrero del año 2009 en declaraciones extraproceso, en las que manifestaron que la convivencia en unión marital de hecho de manera permanente y bajo un mismo techo ocurrió desde el 1 de junio de 2005.Esa misma fecha fue ratificada por la demandante, LUZ MARY MENDOZA REYES en declaración rendida el 14 de septiembre de 2010 dentro de la investigación administrativa entonces adelantada por el Instituto de Seguros Sociales, y en el trámite adelantado ante el Juzgado Tercero (3) de Familia de Bogotá, según la sentencia del 14 de octubre de 2014 (ver Expediente Administrativo – CD1).

De la valoración de las pruebas traídas al proceso el Tribunal llega a la misma conclusión a la que arribó el juez: que resultan insuficientes para deducir la existencia de una comunicad de vida estable y dependiente económicamente, durante los 5 años inmediatamente anteriores a la muerte del causante y, por el contrario, se encuentra acreditan convivencia por un interregno mucho menor.

Se confirmará entonces la decisión que negó las pretensiones contenidas en la demanda elevada por LUZ MARY MENDOZA REYES, advirtiendo que esta decisión no afecta los derechos que eventualmente puedan reclamar sobre la prestación otras personas (la cónyuge).

Sin costas en la CONSULTA.

DECISION

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE JORGE LUIS CABALLERO NAVARRO CONTRA DRUMMOND LTD.

Bogotá D. C., treinta (30) días de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada el 19 de mayo de 2021 por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada del reconocimiento de un reintegro por estabilidad laboral reforzada en razón de salud del demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JORGE LUIS CABALLERO NAVARRO presentó demanda contra DRUMMOND LTD., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que la terminación unilateral de su contrato de trabajo es *ilegal* por encontrarse amparado por estabilidad laboral reforzada, en consecuencia, pide que se condene a la empresa demandada a

reintegrarlo a un cargo igual o mejor al que venía desempeñando, y a pagar las indemnizaciones por *reparación integral de daños y perjuicios* y la contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los salarios, prestaciones y aportes a seguridad social (en salud, pensiones y riesgos laborales) causadas entre la fecha de despido y la del reintegro.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que ingresó a laborar para la demandada el 1 de noviembre de 2002 en el cargo de *oficios varios*, laborando 12 horas diarias. Según exámenes médicos de ingreso, no contaba con patología lumbar o discal alguna al momento de la vinculación. El 24 de julio de 2014 la demandada le notificó la presentación de solicitud ante el Ministerio del Trabajo para su despido, entidad que negó la autorización. El 8 de octubre siguiente le fueron asignadas *"funciones temporales",* y el 17 de junio de 2015 es despedido sin justa causa y sin autorización del Ministerio del Trabajo, pese a que se encontraba enfermo y en estado de debilidad, responde económicamente por menores de edad, y se encontraba cancelando varias obligaciones crediticias lo que le impidió iniciar el trámite para la calificación de pérdida de capacidad laboral. Estuvo afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Minera, Petroquímica, Agrocombustible y Energética desde el 25 de abril de 2003, organización que el 21 de septiembre de 2015 solicitó al Ministerio del Trabajo la lista de los trabajadores para los que DRUMMOND LTD había solicitado permiso para el despido *gozando de estabilidad laboral reforzada*, a lo cual se informó que no se había proferido autorización alguna. El 19 de octubre de 2015, JORGE LUIS CABALLERO NAVARRO se realizó resonancia magnética lumbar que evidenció problemas de *protrusión* y *desgarro*, *extrusión distal subligamentaria*, *cambios espondilosicosos* y *signos de rectificación de la lordosis lumbar*, patologías

directamente relacionadas con las labores desempeñadas para la demandada, quien conocía de su existencia ya que realizaba exámenes médicos periódicos en vigencia del vínculo (ver demanda a folios 1 al 10).

Notificada la demanda fue contestada por la sociedad DRUMMOND LTD mediante apoderado, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas argumentando que el despido sin justa causa del demandante y otros 96 trabajadores adscritos al área de cargue de carbón a través de grúas y barcazas, obedeció a una situación de fuerza mayor, pues no fue posible reubicarlo en otro puesto de trabajo luego de que dicha labor fue suspendida por determinación de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, razón por la cual se le pagó la indemnización correspondiente por la suma de $71.371.057. Afirma que el actor no contaba con estabilidad laboral reforzada a la finalización del vínculo laboral, pues no tenía restricción médica alguna, ni orden de reubicación de su puesto de trabajo, ni estaba diagnosticado con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% y, resaltó que las patologías que aduce son de origen común, han sido tratadas por la EPS, y fueron diagnosticadas con posterioridad al despido. Conforme a ello, agregó que, en ningún momento solicitó permito para despedir al trabajador por su presunta enfermedad, y la reasignación de funciones no correspondió a patología alguna sino a la imposibilidad de reubicarlo tras la referida clausura del *sistema de cargue*. Propuso como excepciones de mérito: *cobro de lo no debido*, *improcedencia del reintegro*, *pago*, *compensación* y *genérica* (ver contestación a folios 104 a 116).

Terminó la primera instancia con sentencia de 19 del mayo de 2021, a través de la cual el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a

DRUMMOND COLOMBIA LTD y DECLARÓ probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación. La parte resolutiva de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: ABSOLVER a DRUMMOND COLOMBIA LTD de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JORGE LUIS CABALLERO NAVARRO, con base en lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, relevándose el Despacho de cualquier otro tipo de análisis o estudio adicional. TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS, en la instancia. CUARTO: En caso de no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA, para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C."* (CD 3, Archivo *"11001310501220170072100s20210244580 05_19_2021 11_01 PM UTC.mp4"*, Min. 33:40).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que el demandante no se encontraba bajo los presupuestos de una estabilidad laboral reforzada relacionada con su condición de salud, pues el empleador no tenía conocimiento de las patologías manifestadas, ni encontró nexo causal entre la actividad laboral desempeñada y el lumbago diagnosticado el 19 de agosto de 2014 (fecha para la cual percibía salario sin prestación del servicio) o que el padecimiento le hubiera generado un obstáculo insuperable o impedimento sustancial para realizar las labores con tratadas. Agregó que al no evidenciarse un despido colectivo, no había necesidad de autorización del Ministerio del Trabajo para el efecto.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso de apelación, el apoderado de la parte actora refirió que la pasiva tenía conocimiento sobre las afecciones de salud del trabajador, pues éstas se registraron en su historia clínica en agosto de 2014, con anterioridad a la terminación unilateral de su contrato de trabajo, por lo que dicha situación le era oponible, y pese a no existir dictamen de pérdida de capacidad laboral o proceso de rehabilitación al momento del despido se le debe reintegrar conforme la Sentencia SL2586 de 2020. Agregó que se debió analizar la falta de autorización que debía otorgar el Ministerio del Trabajo para terminar unilateralmente el contrato del trabajador teniendo en cuenta su condición de salud y no, como lo hizo el a quo, respecto de un despido colectivo que no fue objeto de reclamo en este expediente (CD 3, Archivo *"11001310501220170072100s20210244580 05_19_2021 11_01 PM UTC.mp4"*, Min. 34:38)[1].

---

[1] *"Bueno, señor juez. Con el acostumbrado respeto, me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la decisión que se acaba de proferir, que absolvió a la demanda DRUMMOND, por las siguientes consideraciones. En primer lugar, existe, a criterio del suscrito, una conclusión errada de la situación fáctica que se presentó, es decir, si bien hay unas condiciones que obligaron a la empresa a tomar unas determinaciones por el cierre de algún tipo de actividad donde se encontraba vinculado el demandante, también es cierto que en el periodo comprendido entre julio y octubre del 2014, fecha en que finalmente procedió la terminación del contrato de trabajo, hubo una especie de pago -como lo señala muy bien- pago de salarios sin prestación del servicio; pero en lo que nos distanciamos, obviamente con el mayor respeto y la mayor consideración, es en la interpretación que hizo el juzgado sobre la eventual o supuesta inoponibilidad de esa situación al empleador. Porque nosotros, la parte que represento, entiende que hay una confusión en la decisión judicial, entre la fecha en que efectivamente hay una primera anotación de la historia clínica, que es en agosto del 2014, y la fecha de la aparición en el cuerpo del trabajador de las patologías que le fueron diagnosticadas y que han sido ampliamente citadas en relación con su situación músculo esquelética, especialmente las relacionadas con su espalda, en la región lumbar y en la región sacra, que, como se puede advertir, lo ha hecho el propio señor juez, la historia clínica da cuenta de un daño corporal que no es que hubiera aparecido en agosto del 2014, sino que en esa fecha se hizo el diagnóstico en una historia clínica. Pero, aun así, en octubre del 2014 (sic) es decir, dos meses después, la empresa termina el contrato de trabajo, de tal manera que no puede ser de recibo el argumento de que la empresa no sabía de la condición física; al contrario, sí la sabía, tenía perfectamente conocimiento de la situación, porque todo el departamento laboral de Drummond está pendiente de qué trabajadores están enfermos y cuáles*

no, y desde agosto del 2014, según la historia clínica, Drummond sí sabía, así digan lo contrario, que trabajador Jorge Luis Caballero tenía unas condiciones patológicas que causaban un daño corporal y por lo tanto la terminación que se produce en octubre del 2014 (sic) es una es una decisión posterior al conocimiento que tiene de eso. Que no existía una formalidad que se llame dictamen, que no existía una formalidad que se llame rehabilitación completa, esa es otra discusión; pero no es cierto, como señala el señor juez, que era inoponible al empleador la condición. He ahí por qué debe presumirse, o las razones por las que debe presumirse y adquirir relevancia, la presunción de una situación discriminatoria. En segundo lugar, quedó demostrado, señor juez, que la empresa no tomó, o por lo menos no demostró en este proceso ni un solo criterio objetivo para seleccionar quienes continuaban y quienes no. De tal manera, que surge de relieve que cortó por el lado más débil, por los enfermos, como el señor Jorge Luis Caballero. Se ha mencionado en la sentencia que al no poder cuantificar el estado de pérdida de capacidad laboral y ante la imposibilidad material de que el trabajador pudiera suministrar los gastos de la prueba pericial, pues entonces se queda sin elementos, según el señor juez, para poder determinar el estado, o el porcentaje, o el grado de pérdida de capacidad laboral para predicar la existencia del fuero. Nuevamente se equivoca el señor juez en este punto, porque en un Estado Social de Derecho, y con el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, la conclusión forzosa a la que debió llegar, es que independientemente de la existencia o no de ese dictamen, que no existía ni al momento de la terminación, y que en este proceso tampoco lo pudo suministrar por razones ajenas a la voluntad del trabajador pobre, indigente, que no cuenta con recursos económicos para pagar el salario mínimo, es decir casi un millón de pesos que cobran en la junta de calificación de invalidez, eso de todos modos hace indiferente, porque, y aquí me quiero detener un poco, porque la condición de fuero de estabilidad, o de beneficiario de ese fuero, no puede depender de la existencia de ese dictamen, sino que tiene que seguir bajo las reglas que se mencionan en la sentencia SU 049 del 2017. Y la decisión de primera instancia, en nuestro sentir, desconoce de manera abierta las circunstancias particulares que protegían al trabajador demandante relacionadas con su salud, que, como se ha dicho antes, eran de pleno conocimiento de la empresa al momento de la terminación del contrato, y que se demostró también a lo largo del debate procesal, porque fueron consecuencias de su trabajo, de su exposición a factores de riesgo directamente relacionados con el desempeño de sus funciones, sus problemas de salud, y que aún hoy padece. Por todo lo anterior, me permito señalar y reiterar que no existió un análisis de contextos en los términos ordenados, no solamente por la honorable Corte Constitucional, sino también por la honorable Corte Suprema de Justicia, a la hora de evaluar el acto crítico de despedir trabajadores que se encuentren en situaciones especiales y/o similares a las de mi representado en materia de protección de derechos fundamentales, o más bien, de su condición de vulnerabilidad especial frente a sus condiciones laborales. Solicito especialmente que se revisen los argumentos que ha esgrimido la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral en su sentencia SL2586 2020 de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo como ponente, puesto que la terminación, y abro comillas,, 'la terminación del contrato de trabajo a término debe corresponder a una dosis mínima de racionalidad y objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos que descarten sesgos discriminatorios, porque de lo contrario procede el reintegro, y el empleador tiene la obligación de demostrar que ello ha sido así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Debe demostrar que la necesidad empresarial para la cual fue contratado el trabajador desapareció, porque de otra forma no podría justificarse la no renovación del contrato", cierro comillas. Si bien es cierto, existía una orden de cierre del puerto marítimo, donde laboraba mi representado, ello no es óbice para reconocer que una reubicación se podía presentar, más de una empresa como la demandada, en la que existían otras fuentes de trabajo donde podría ser reubicado, precisamente para

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1 de noviembre de 2002 (folios 17 a 21, 124 y 170) en desarrollo del cual el demandante recibió pago de salarios sin prestación del servicio entre el 24 de julio y el 8 de octubre de 2014 (folios 28 a 30), (ii) que el vínculo fue terminado sin justa causa por empleador el 17 de junio de 2015 (folios 27 y 124) y, (iii) que por disposición de la ANLA se efectuó el cierre del sistema de cargue de carbón mediante grúas y barcazas, actividades en las que laboraba el actor (folios 137 a 150).

---

darle materialización a la protección especial con la que contaba mi representado por su condición física, que, se insiste, sí conocía la empresa. Pese a que en su momento no se encontraba calificado, como hemos advertido, conviene indicar que en la mencionada sentencia SU-049 del 2017 la Corte Constitucional estableció que la estabilidad laboral reforzada cobija a todo aquel que presente una situación relevante de su salud, que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores, y por tanto esa protección especial no se debe limitar a quienes han sido calificados cuantitativamente -en los términos del señor juez- con una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, o que cuenten con certificación que acredite un porcentaje de pérdida de su fuerza laboral. Otra razón por la que nos apartamos de la decisión de primera instancia es sobre el análisis, que brilla por su ausencia, señor juez, sobre la autorización que debió conceder el Ministerio del trabajo para despedir o para terminar el contrato de trabajo a mi representado. Y no es como equívocamente asumió el juzgado el análisis sobre el despido colectivo, que nosotros no propusimos y que no fue objeto ni materia de controversia frente a las pretensiones de la demanda. Es un asunto, junto con las decisiones que tomaron la empresa, el sindicato, sobre algunas posibilidades de reubicación de una parte de los trabajadores afectados de la zona marítima. Pero eso no significa que nosotros no hubiéramos planteado otra necesidad, que jamás fue acreditado por la empresa, y era que en el caso particular del Sr. Jorge Luis Caballero, debía contar la empresa con una autorización para terminar el vínculo laboral, precisamente por su condición de trabajador enfermo, situación de limitación física temporal. De esta manera, señor juez, que se le restó validez o efectos a la medida especial de protección alegando formalidades y eso, pues obviamente está en contra de lo que en materia del principio protector está consagrado que debe primar la realidad sobre las formas jurídicas. Por las anteriores consideraciones, no compartimos la decisión que acaba de tomarse y solicitamos respetuosamente que el honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque integralmente la decisión del primer grado".

El Tribunal debe definir si procede el reintegro y/o la indemnización que regula la Ley 361 de 1997.

Para resolver lo que corresponde el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie autorización de la oficina del Trabajo.

La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar. Sin embargo, al estudiar el contenido de la norma, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo carece de efecto jurídico y en consecuencia también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la Ley 361 no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para laborar[2].

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la interpretación de las normas legales vigentes a casos concretos, ha dispuesto que las *"personas limitadas"* a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que acrediten haber sufrido una reducción

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

cierta en su capacidad laboral superior al 15% o aquellas que acrediten encontrarse en un estado de debilidad manifiesta y, dispuso los parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuales personas son objeto de la protección especial de la Ley y cuáles no.

No toda afectación en la salud del trabajador, ni toda limitación de su capacidad laboral generan una dificultad cierta para la reinserción del trabajador en el sistema competitivo laboral, y ese es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997. Otorgar estabilidad reforzada a servidores que sufren limitaciones mínimas en la capacidad laboral, o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes, traería un efecto contrario al pretendido por la Ley y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues las cargas adicionales que deban afrontar los empleadores que vinculan personas discapacitadas implicaría para estas personas, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los pocos empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

El anterior criterio jurisprudencial fue ratificado recientemente por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL572-2021 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, a cuyo contenido nos remitimos.

Bajo estos criterios, para otorgar la protección que asigna la Ley 361 de 1997, el juez debe tener certeza sobre una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje referido o de una situación de debilidad manifiesta en el trabajador para el momento del despido, y certeza de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en dicha incapacidad, requisito que se presume ocurrido

cuando se demuestra conocido por empleador la pérdida de capacidad o una situación de debilidad manifiesta.

Dicha presunción puede ser desvirtuada por el empleador si aporta prueba que demuestre la existencia de otra causa eficiente de terminación del contrato de trabajo, sin embargo, la presunción de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan: que existía una limitación cierta en la capacidad de trabajo y ella era conocida por el empleador.

Con estos criterios y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues ninguna evidencia se allegó sobre una limitación cierta en la capacidad de trabajo del demandante o que ella fuera conocida por el empleador, para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo.

Así lo reconoció el demandante en la declaración de parte al manifestar que no tenía restricciones médicas para el ejercicio de sus labores, pues por ellas únicamente lo formularon terapias (CD 1, Min. 11:41); y lo declararon los testigos: (i) JOSÉ GUERRA ÁÑEZ (CD 3, Archivo *“11001310501220170072100s20210244580 05_19_2021 08_26 PM UTC”*, Min. 10:08), jefe del departamento de salud ocupacional para le época en que estuvo vinculado JORGE LUIS CABALLERO NAVARRO, quien aseveró que jamás conoció acerca de restricción médica del demandante o limitación en el cumplimiento de sus funciones; por el contrario -dice- siempre estuvo catalogado como un empleado en plenas condiciones de salud; y LINA

PATRICIA CORTABARRÍA GUTIÉRREZ (CD 3, Archivo *“11001310501220170072100s20210244580 05_19_2021 09_19 PM UTC”*, Min. 02:21), trabajadora del área de recursos humanos de la demandada, quien indicó que la terminación del contrato se produjo por un tema de cierre del área de cargue grúas y barcazas, donde se desempeñaba al actor, de los cuales sólo pudo reubicar al 70% de empleados, y señaló que en un monto se planteó solicitar permito al Ministerio del Trabajo para efectuar un despido colectivo (no un despido a trabajador enfermo como se planteó en la demanda el cual fue descartado ya que no se superaba el límite legal requerido para el efecto.

Ninguna de las pruebas documentales aportadas da cuenta de una resonancia magnética lumbar que hubiera evidenciado problemas de *protrusión* y *desgarro*, *extrusión distal subligamentaria*, *cambios espondilosicosos* y *signos de rectificación de la lordosis lumbar* -como se alega-, la cual en todo caso y según el dicho de la parte demandante, se habría realizado el 19 de octubre de 2015, es decir, más de 4 meses después de haber culminado el vínculo con la convocada, lo que excluiría un nexo causal entre eventuales patologías lumbares del actor y la finalización del contrato de trabajo.

Las historias clínicas aportadas (de Salud Total y Allianz), refieren que en vigencia de la relación laboral el trabajador consultó con motivo de dolor de espalda o lumbago, los días 5 de junio, 15 de julio y 12 y 13 de noviembre de 2013, 19 de agosto y 24 de septiembre y 9 de diciembre de 2014 y 16 de marzo de 2015, ninguna de las cuales dio lugar a más de 2 días de incapacidad, ni a tratamiento médico que se encontrara vigente para el momento del despido o que generara una disminución en la capacidad laboral.

Aunque lo anterior resulta suficiente para desatar la controversia, según se dijo, de todas formas las pruebas aportadas dan cuenta de que se dispuso el cierre del sistema de cargue de carbón mediante grúas y barcazas, por disposición de la ANLA, y que el demandante laborada en dichas actividades (folios 137 a 150), de lo cual resulta claro que la finalización del contrato de trabajo no fue discriminatorio por eventuales condiciones de salud que pudiera tener el demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE ($200.000), como agencias en derecho de segunda instancia.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ MARINA BELTRÁN SUÁREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D.C., Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sentencia dictada el 8 de junio de 2021 por la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ MARINA BELTRÁN SUÁREZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la *nulidad* o, en subsidio, la ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante en el mes de febrero de 2000. La anterior pretensión fue fundamentada sobre el argumento según el cual el traslado de Régimen Pensional efectuado no estuvo precedido por el suministro de una información adecuada y completa por parte de COLFONDOS S.A., pues esta AFP omitió

indicar las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales. Además, en proyección de la AFP le informó que no tenía el capital suficiente para acceder a una pensión de vejez. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual (ver demanda en Expediente digital, Archivo 01, folios 5 a 18).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por considerar que el traslado se presume realizado de manera libre y válida, hasta que se pruebe lo contrario en desarrollo del trámite judicial. Afirmó que conforme al artículo 2 literal e de la Ley 797 de 2003, no es posible trasladar al demandante, pues para la fecha de la contestación contaba con 61 años de edad. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *prescripción y caducidad*, *cobro de lo no debido*, *buena* fe y *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en Expediente digital, Archivo 01, folios 91 a 95).

Así mismo, mediante apoderada, contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la afiliación se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente y su representada brindó información objetiva, incluyendo cálculos comparados e información sobre ventajas y desventajas de cada régimen a través de personal idóneo y debidamente capacitado. Agregó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y, en todo caso, la decisión de permanecer afiliada al RAIS es tan clara, que no hizo uso de la figura de retracto ni tomó la decisión de retornar al RPM antes de los últimos 10 años previos a cumplir la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez. Por último, aseveró que no se podría condenar a la devolución de todos los aportes, en tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por contratación de renta vitalicia y la comisión en el manejo de aportes son obligatorios por disposición legal. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *falta de legitimación en*

la causa por pasiva, *no existe prueba de causal de nulidad alguna*, *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado*, *buena fe*, *compensación y pago*, *saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación*, *innominada o genérica*, *ausencia de vicios del consentimiento*, *obligación a cargo exclusivamente de un tercero*, y *nadie puede ir en contra de sus propios actos* (ver contestación en Expediente digital, Archivo 01, folios 134 a 150).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de junio de 2021, mediante la cual la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora LUZ MARINA BELTRÁN SUÁREZ, identificada con C.C. No. 35.496.747, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP COLFONDOS S.A. y realizado el 22 de febrero de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante la señora LUZ MARINA BELTRÁN SUÁREZ, identificada con C.C. No. 35.496.747, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por COLPENSIONES, como si no hubiese existido traslado, conforme a los (sic) consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ MARINA BELTRÁN SUÁREZ, identificada con C.C. No. 35.496.747, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. CUARDO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a favor de la demandante. Se fija la suma de $500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una*

de las accionadas. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES" (Expediente digital, Archivo 08, Min. 58:29).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Sobre el interrogatorio de parte rendido en la audiencia por el demandante, consideró que no se puede deducir algún tipo de confesión encaminada a demostrar la provisión de la información necesaria para trasladarse o para mantenerse en el RAIS.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la demandada COLPENSIONES, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, como lo dispone el artículo 69 del CPTSS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 41 años de edad y había cotizado 769,57 semanas[1]; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 14 años cotizados); y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión de vejez (tenía 66 años – ver Expediente digital, Archivo 01, folios 19 y 83).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [2] [3], según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las

---

[1] Ver historia válida para bono pensional (Carpeta *"CD folio 99"*).

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

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

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que su traslado obedeció a la visita que recibió de una asesora de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS -en el año de 2000- quien le indicó que sobre la inminente desaparición del fondo público y que en cambio en el fondo privado tendría mejores prestaciones, se podría pensionar a cualquier edad y con lo que tuviera ahorrado, sin que le permitiera leer el formulario, pues sólo le pidió sus datos básicos y se lo entregó diligenciado para su firma, en ninguna forma recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (Expediente digital, Archivo 08, Min. 17:36).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" del acto la ratificación tácita por el paso del tiempo.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

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

SIN condena en COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

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

2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.

3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE GERMÁN HORACIO NOREÑA ATEHORTÚA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 28 de mayo de 2021 por la Juez del Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

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

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GERMÁN HORACIO NOREÑA ATEHORTÚA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 1° de septiembre de 1995, con fundamento en que no recibió asesoría transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y clara respecto de las características y diferencias entre ambos regímenes pensionales, así como las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, y en general las implicaciones del traslado sobre sus derechos pensionales. De forma subsidiaria, pide que se declare la ineficia o inoperancia de los efectos del traslado del régimen del demandante, dado que la vinculación no se realizó con consentimiento libre, voluntario e informado. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la AFP PORVENIR a restituir con destino a COLPENSIONES todos los valores obtenidos en virtud de la vinculación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, y se le ordene a COLPENSIONES recibir al afiliado junto con los valores antes referidos, a fin de que sean contabilizados para efectos pensionales (ver demanda en las páginas 5 a 49 y subsanación en la página 161, archivo No 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el traslado de régimen de GERMÁN HORACIO NOREÑA ATEHORTÚA se realizó de manera voluntaria y conforme la normatividad vigente para la época, advirtiendo que el demandante no puede aducir la existencia de error o vicios en su consentimiento, pues corroboró su intensión de mantenerse vinculado en el RAIS con su permanencia durante más de 16 años. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena*

fe y la *innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 179 a 189, archivo No 1 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el actor: (i) se afilió en la AFP PORVENIR S.A. en el año 2000 de manera voluntaria, libre e informada, después de haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo; y (ii) se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el literal e, artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, para regresar al RPM. Afirma que no le consta la información suministrada por la AFP PROTECCIÓN al afiliado en el momento del traslado (año 1995), pero de todas formas las condiciones de la afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de las prestaciones en ambos regímenes pensionales se encuentran definidas en la ley, sin que le sea permitido a las partes pactar condiciones diferentes. De accederse a las pretensiones de la demanda, pide que no se ordene la devolución o traslado de los gastos de administración cobrados durante la vinculación del demandante, pues ello configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Propuso como excepciones de mérito las de: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación* y la *excepción genérica* (ver contestación en el archivo No 2 del expediente digital).

Finalmente, la ADMINISTRADORA DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el acto de traslado de régimen del demandante es existente, válido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, tal y como se observa en el formulario de afiliación que suscribió, con el cual se demuestra que la vinculación se hizo de manera libre y espontánea, y advirtió que el afiliado se encuentra dentro del límite de edad para poder regresar al RPM. Sobre los hechos que fundamentan la acción, aduce que los promotores del fondo le suministraron al demandante

de manera verbal toda la información debida y necesaria sobre las características propias del RAIS y su comparación con el RPM, por lo que no se podría entender que fue engañado o desinformado, y señaló que para la época del traslado (año 1995) no se podía prever con exactitud el monto en el cual el demandante se podría pensionar y si sería mayor o menor la mesada pensional en uno u otro régimen, pues no se conocían los rendimientos que se iban a generar la cuenta de ahorro individual. Propuso como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe* y la *innominada o genérica.*

Mediante providencia dictada el 3 de mayo de 2021, la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso remitir el plenario al Juzgado 401 Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo dispuesto en el acuerdo PCSJA21-11766 (ver auto en la página 268, archivo No 1, del expediente digital).

Termino la primera instancia con sentencia de 28 de mayo de 2021, mediante la cual la Juez del Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor GERMAN HORACIO NOREÑA ATEHORTUA, identificado con C.C N° 10.248.954, del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE*

PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, realizado el día 11 de agosto de 1995, y por ende el realizado con posterioridad a PORVENIR S.A. conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante GERMAN HORACIO NOREÑA ATEHORTUA, identificado con C.C N° 10.248.954, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiese traslado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor GERMAN HORACIO NOREÑA ATEHORTUA, identificado con C.C. N.°10.248.954, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva. SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las COLPENSIONES, PORVENIR A.F.P. Y PROTECCIÓN A.F.P. y a favor del demandante. Fíjese la suma de $300.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta" (audiencia virtual, hora 1, minuto 02:11).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., no probó haber brindado la información suficiente sobre las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de ambos regímenes, ni sobre los riesgos y consecuencias del traslado de régimen, y advirtió que el formulario de afiliación

suscrito por el demandante no es suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión presentaron recurso de apelación los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderado pide que se revoque el fallo en su integridad, y de manera subsidiaria se le absuelva de la condena que le fue impuesta a la devolución de los gastos de administración. Afirma que con el traslado horizontal que realizó el demandante a la AFP PORVENIR en el año 2000 y su permanencia en el RAIS durante 25 años, se válido y materializó el traslado de régimen pensional que realizó en el año 1995, y advirtió que conforme criterio de la Superintendencia Financiera de Colombia, para la época en el que operó el traslado de régimen pensional las normas solo exigían el diligenciamiento del formulario afiliación, pero no otro tipo de documentación o constancias. Además, considera que no puede concluirse una omisión en la información por parte del fondo de pensiones, pues el demanante indicó que no se acordaba de las circunstancias bajo las cuales tuvo lugar el traslado de régimen pensional. Respecto de los gastos de administración estima que las únicas sumas que se deben retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, según lo ha entendido la Superintendencia Financiera en los eventos en los que procede la ineficacia del traslado, pero de todas formas, como dichos gastos y primas de seguro no forman parte integral de la pensión, se encuentran afectados por el fenómeno de prescripción, y advirtió que de ordenar la devolución de los gastos de administración se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES (audiencia virtual, hora 1, minuto 05:01)[1].

---

[1] *"Muchas gracias Doctora, en esta oportunidad de manera respetuosa presento recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral revoque en todas las partes esta sentencia proferida en primera instancia y en su lugar absuelva a mi representada teniendo en cuenta que no le asiste razón a la falladora de instancia en declarar… perdón, no le asiste razón a la falladora de primera instancia en declarar la*

ineficacia del traslado en base en una falta de información, cuando no le era obligatorio a mi representada brindar la misma, teniendo además en cuenta la normatividad vigente para la época del traslado, esto es con mi representada para el año 2000... emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia establecida que a efectos de que se entendiera no sólo materializado si no válido el traslado el régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, tal y como ocurrió en el presente caso su señoría, pues se observa que el aquí demandante el señor Germán permaneció durante el régimen de ahorro individual aproximadamente por cerca de 25 años, de, aceptando así sus condiciones y esto de una manera libre y voluntaria e informada que se ratificó además en el tiempo, por otro lado su señoría no podemos deducir que me representa haya faltado a su deber de información por no, por no haber aportado... o que no se haya podido demostrar con algún otro tipo de prueba para, para esta etapa procesal teniendo en cuenta su señoría, que pues para la época del traslado no era obligatorio para ninguna AFP brindar documentos con la, con la asesoría que se le prestaba a los potenciales afiliados, además debemos tener en cuenta que este deber de información ha evolucionado con el tiempo, esto es con el Decreto 663 en su artículo 97, posteriormente con la Ley 1328 del 2009 y ya finalmente con la Ley 1748 del 2014 que entra en vigencia el 26 de diciembre del 2014 y está sí es la que le da la obligación a las AFP´s brindar una asesoría aportando documentos, tales como proyecciones pensionales, por ejemplo, debemos también tener en cuenta su señoría, que si bien para el año 95 ninguna AFP estaba en la obligación de aportar documentos no podemos deducir que se haya faltado al deber de información para la, para la época, el hecho que el demandante no se acuerde de nada de su traslado no quiere decir que no se le haya dado la asesoría correspondiente y prueba de que si se le brindó la asesoría correspondiente es la existencia del formulario afiliación donde el mismo manifestó su voluntad de permanecer en el régimen de pertenecer, perdón, en el régimen de ahorro individual y aceptar sus condiciones, este formulario afiliación es la prueba de que él estuvo de acuerdo con asesoría que se le brindó y ya se le brindaba de manera completa que se le brindaba haciendo un paralelo de los dos regímenes y conforme a lo estipulado en el artículo 97 del Decreto 663 del 93. Ahora, en el presente proceso llama la atención de que la que el aquí demandante el señor Germán manifiesta no acordarse de nada del traslado efectuado con Davivir específicamente para el año 95, sin embargo aquí yo hago un llamado al honorable Tribunal Superior en su sala laboral, a la que haga aplicación a la sentencia SL 3752 de la honorable magistrada Ana María Muñoz Segura por cuanto se ha demostrado que hay una duda en el deber de información para el año 95 y en la información que se le dio, toda vez que pues el demandante manifiesta no haberse acordado de nada del, del traslado debemos atenernos a las, a las actuaciones dentro del mismo demandante dentro del régimen de ahorro individual, estos son los traslados que realiza de manera horizontal entre Protección y Porvenir para año 2000. Por otro lado su señoría, pues no podemos obligar a ninguna AFP a que pruebe con documentos que no existen que se le brindó una asesoría y mucho menos está en mi representada o la codemandada Protección en la posibilidad de que a futuro con el no cumplimiento de mesadas, de mesadas pensionales, qué expectativas de mesadas pensionales fueran a presentarse múltiples demandas de ineficacia y nulidad y que se pidieron documentos que no existen para probar que se brindó la asesoría, así las cosas su señoría para este suscrito en cuanto lo que se refiere a una ineficacia por falta de información no se encuentra acreditada y en este punto le solicitó al Honorable Tribunal absuelva a mi representada referente a esto. Por otro lado y haciendo énfasis en lo que se refiere a los gastos de administración acertadamente lo manifestó la abogada de Colpensiones en sus alegatos también en el régimen de prima media conforme el artículo 20 en su inciso segundo se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes, sin embargo debemos tener en cuenta que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, además es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia al ver tantos, al ver múltiples pronunciamientos respecto a los jueces de la ineficacia se pronunció de manera expresa mediante el concepto del 15 de enero del 2020 indicando que los eventos en los que procediera la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución a los gastos de administración y mucho menos a la, a la prima de seguro

Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES pide que se incluya a la AFP PROTECCIÓN en la condena que se le impuso en la sentencia de primera instancia a la AFP PORVENIR. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien no es la última administradora a la que se afilió el demandante y que realizó los traslados de los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, estos no incluyen los gastos de administración y los demás descuentos que realizó dicho fondo, los cuales nunca debieron haberse efectuado como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen (audiencia virtual, hora 1, minuto 14:38)[2].

---

provisional, esta Superintendencia no hace mención a esto, de igual manera merece atención su señoría de que el ordenar este traslado de los gastos de administración hacia Colpensiones se configura ante esta entidad un enriquecimiento sin justa causa teniendo en cuenta que no hay una norma expresa que disponga tal devolución de los gastos de administración hacia esta entidad en los eventos en los que surgiera una ineficacia o un cambio de régimen como es la consecuencia de esta ineficacia, puesto que por el contrario el artículo 113 del literal B de la Ley 100 del 93 menciona que cuando hay un cambio de régimen pensional los únicos emolumentos a trasladar con destino hacía, a esta codemandada este caso Colpensiones, serían los dineros concernientes a las cotizaciones y sus rendimientos lo que no hace tampoco mención por ningún lado los gastos de administración siendo estos gastos de administración entonces una contraprestación en este caso a mi representada y en todos los casos a las AFP´s por generar rendimientos de las cotizaciones que realiza cada usuario en el régimen de ahorro individual, rendimientos que se le están devolviendo junto con las cotizaciones y rendimientos que no se generan en él, en la, en el régimen de prima media, entonces no se haya acreditado también por este lado la devolución de estos gastos de administración, además de que se debe declarar la prescripción respecto de los gastos de administración y las primas de seguro, cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta del afiliado junto con sus rendimientos financieros por cuando no le corresponden a valores que pertenezcan al afiliado en ninguno de los dos regímenes y además, como no están llamados a financiar la prestación de vejez su señoría, no tienen incidencia directa en el derecho pensional del afiliado y por ello no puede predicarse el fenómeno de prescriptibilidad respecto de estos gastos de administración, fenómeno del que sí cuenta el derecho pensional como tal pero en este caso estamos es referente a los gastos de administración, por ello deberá declararse dicha prescripción. Así, de esta manera considera entonces que los supuestos sobre los cuales se condena a mi representada su señoría, no se encuentran acreditados dentro del proceso y en consecuencia le solicitó el honorable Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral se sirva revocar esta sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, muchísimas gracias".

[2] *"Muchísimas gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso apelación parcial en contra de la sentencia proferida por el Despacho en los siguientes términos, conforme a la parte resolutiva de la sentencia se condenó a la AFP Porvenir S.A como última administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad a trasladar o efectuar la devolución total de todos los valores depositados en la cuenta individual del demandante, incluyendo los gastos de administración y los demás descuentos realizados con cada aporte, sin embargo a juicio de esta apoderada dicha condena también debió haber recaído sobre Protección S.A, lo anterior como quiera que si bien protección no fue la última administradora a cargo del actor no es menos cierto que durante su vinculación efectuó una serie de cobros a su favor precisando que si bien al momento de efectuarse el traslado*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

---

horizontal entre administradoras del RAIS se traslada la totalidad de los aportes contenidos en la cuenta individual del afiliado, lo cierto es que dentro de esas sumas no se incluyen los gastos de administración y los demás descuentos realizados con cada aporte, motivo por el cual al declararse la nulidad y/o ineficacia el traslado, las cosas deben retrotraerse a su estado inicial, es decir, que dichas suma de dinero deben devolverse por todas las AFP´s vinculadas al proceso a la administradora que desde el principio debía correr con la carga de la afiliación del demandante, en este caso Colpensiones resaltando que aun cuando tales descuentos son autorizados por la ley y se puede llegar a alegar que tales sumas configuraría un presunto enriquecimiento a favor de Colpensiones por parte de Protección, lo cierto es que a la luz de la ineficacia de traslado dichos descuentos nunca debieron haberse efectuado y pues pese a que no pueden cubrir de las contingencias de manera retroactiva no puede olvidarse que el régimen de prima media es un sistema solidario y que esas sumas de dinero bien pueden ayudar a financiar la futura pensión del accionante o de otro afiliado, muchísimas gracias su señoría''.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 113.57 semanas[3], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 2 años, 2 meses y 15 días)[4], y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban dos años para cumplir la edad de pensión (tenía 60 años de edad – ver cédula aportada en la página 51 y presentación de la demanda en la página 157, archivo no 01 del expediente digital).

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

---

[3] Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por la entidad demandada en la página 191, archivo 01 del expediente digital, número de semanas que coincide con la historia válida para bono pensional aportada por PORVENIR S.A.
[4] Ibídem.

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

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A. (por absorción de la AFP DAVIVIR) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (el 11 de agosto de 1995), como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema

de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". Esta sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió el demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que no recuerda cómo se realizó el proceso de traslado de régimen, y que el traslado horizontal que realizó a la AFP PORVENIR en el año 2000, lo hizo porque el promotor del fondo de pensiones le indicó que todos los trabajadores de la Clínica para la que laboraba se debían afiliar en dicho fondo (audiencia virtual, minuto 13:24).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia del actora en el RAIS o por posteriores traslados entre fondos pensionales; la afiliación inicial operó el 11 de agosto de 1995 a la AFP DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN S.A.), y posteriormente, se trasladó a la AFP PORVENIR el 18 de marzo del año 2000, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliado.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de todos los aportes que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin poder descontar gastos de administración, pues así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema en el precedente quen se está siguiendo (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los

fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), y por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores. Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[7], este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

No obstante, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliado en dicho fondo, de conformidad con el criterio de las Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia antes expuesto y dado que dicha orden no le fue impuesta en la sentencia dictada en primera instancia; y se adicionará para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

---

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

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

RESUELVE

1. ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de GERMÁN HORACIO NOREÑA ATEHORTUA en dicho fondo, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

2. DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

3. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

4. COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE HERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO CONTRA HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE JORGE ENRIQUE BELTRÁN CRUZ.

Bogotá D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de decisión laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de mayo de 2021, mediante la cual absolvió al extremo demandado del pago de los honorarios reclamados.

ANTECEDENTES

En causa propia, HERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO presentó demanda contra JORGE ENRIQUE BELTRÁN CRUZ, actualmente representado por sus herederos determinados, EMMA JOHANA DAZA DÍAZ y JUAN ANDRÉS ARANGO LONDOÑO, e indeterminados, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que JORGE ENRIQUE BELTRÁN CRUZ (Q.E.P.D) por intermedio de su apoderada general, EMMA JOHANA DAZA DÍAZ, incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el 11 de febrero de 2012 con del demandante y, en consecuencia, se ordene cancelar a favor del último el total de los honorarios correspondientes a cinco (5) hectáreas, o su valor, conforme a lo pactado. Afirma que el causante, a través de su apoderada general, suscribió conterato de mprestación de

servicios profesionales el día 11 de febrero de 2012, para adelantar las acciones judiciales tendientes recuperar los terrenos invadidos y arrendados del lote *"San José"* ubicado en la vereda Boquerón del municipio de Icononzo – Tolima, y en contraprestación se pactaron como honorarios 5 hectáreas de dicho terreno y una indemnización en caso de terminación unilateral del contrato sin justa causa, de 20 SMMLV. Conforme a ello adelantó audiencias de conciliación, interrogatorios de parte, e instauró demanda de restitución contra los arrendatarios JOSÉ VICENTE GARCÍA y FÉLIX PINTO PRADA. El contrato previó que los demandados podrían adquirir el terreno ocupado, conforme a lo que FÉLIX PINTO PRADA y TRINIDAD ORTIZ RODRÍGUEZ suscribieron contratos de compraventa elaborados por el actor. El 26 de febrero de 2013 se dictó sentencia que ordenó la restitución del inmueble arrendado a JOSÉ VICENTE GARCÍA con lo que se alcanzó la meta establecida, y fue necesario adelantar 2 diligencias de desalojo en su contra. Así mismo, presentó denuncia por invasión de tierras ante la Fiscalía, en contra de LUIS ALFONSO ÁLVAREZ y adelantó la división material de la propiedad. Pese a ello, mediante escritura pública del 21 de noviembre de 2013, la mandataria general nombró nueva apoderada y revocó los poderes que le habían sido conferidos para adelantar el referido proceso de restitución y de denuncia ante la fiscalía (folios 43 a 51 y 69 a 78). En atención a que la mandataria general del demandado informó acerca de su deceso, el trámite continuó en contra de los herederos determinados e indeterminados de éste (folios 127 y 128).

Notificada la demanda y corrido el traslado, fue contestada por el heredero determinado JUAN ANDRÉS ARANGO LONDOÑO, quien, mediante apoderado, aceptó algunos hechos de la demanda y se opuso a las pretensiones. Afirmó que el demandante descuidó gravemente las labores encomendadas al punto que no inició proceso reivindicatorio contra el invasor LUIS ALFONSO ÁLVAREZ, quien aprovechó dicho descuido para iniciar proceso de pertenencia en su contra, lo que llevó a que se revocaran con justa causa los poderes otorgados. Agregó que el demandante ya cobró la indemnización *"total"* en caso de incumplimiento, contenida en la cláusula 4ª

del contrato, a través de un trámite ejecutivo adelantado en el Juzgado 21 Civil Municipal. Propuso como excepciones *contrato no cumplido* y *pago total de lo debido* (folios 191 a 194).

También contestó la demanda el curador *ad lítem* de los herederos indeterminados, en la que manifestó atenerse a lo probado en el trámite. Propuso la excepción *genérica* (folios 195 y 196).

EMMA JOHANA DAZA, heredera determinada del demandado, no contestó dentro del término legal (folio 199).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de mayo de 2021, mediante la cual absolvió al extremo demandado del pago de los honorarios reclamados. Para el efecto encontró que el mandato se pactó como una obligación de resultado, cuya ejecución no se acreditó, así como tampoco se acreditaron los valores de los bienes a recuperar, por lo que no podría tasarse una indemnización de perjuicios ni honorarios, máxime cuando el único terreno recuperado (3 hectáreas) tiene una extensión inferior al que debía entregarse en pago (5 hectáreas) y a que ya fue cobrada la cláusula penal pactada por medio de trámite ejecutivo ante un juez. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: ABSOLVER a la parte demandada, integrada por los señores EMMA JOHANA DAZA DÍAZ y JUAN ANDRÉS ARANGO LONDOÑO, en calidad de herederos determinados del fallecido Señor JORGE ENRIQUE BELTRÁN CRUZ, así como respecto de sus herederos indeterminados, en relación con la demanda que fuera instaurada por el señor demandante HERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO, señor HERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO aquí demandante identificado con cédula de ciudadanía 79.472.663. SEGUNDO: Por el resultado de la litis se abstiene el Despacho de pronunciamiento frente a los demás medios exceptivos. TERCERO: Se CONDENA en costas a la parte actora y en favor del demandado Juan Andrés Arango Londoño practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto $350.000 moneda corriente como valor de las*

agencias en derecho. Y el Juzgado dispone por el resultado de la litis abstenerse de pronunciamiento frente a las excepciones que fueron propuestas" (CD 2, Hora 1:40:00).

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante aduce que no pudo llevar a cabo la labor de recuperación de los terrenos señalados en el contrato, pues fue imposibilitado por la decisión del poderdante con la revocatoria injustificada de los poderes. Agrega que la indemnización pactada es diferente a los honorarios a los que tendría derecho por las labores desempeñadas, sin que le fuera posible determinar a la hora de firmar el contrato si la extensión real de los terrenos a recuperar era suficiente para el pago pactado. Así mismo, se podía determinar el valor de tales terrenos a efecto de calcular sus honorarios mediante peritos auxiliares de la justicia (CD 2, Hora 1:41:51)[1].

---

[1] *"Si su señoría interpongo el recurso de apelación contra el fallo que usted acá de proferir. (…). Gracias su señoría, y lo sustento de la siguiente manera, su señoría manifiesta que una de las situaciones por las cuales el contrato y con respecto a los honorarios no pueden ser tenidos en cuenta, en primer lugar porque no hubo recuperación de los terrenos cómo está pactado ahí, en esa parte su señoría yo sí tengo que decirle al Despacho muy claro una situación y es que en primer lugar no es porque el abogado o el apoderado y quién iba a realizar la gestión, no lo haya podido llevar a cabo la recuperación de los terrenos no por voluntad, ni porque no haya querido hacerlo, sino porque la parte poderdante se lo impidió, le tronco de forma abrupta sin existir ningún documento que medie situación o reclamos por parte de ella, en el sentido decir que la función que yo estaba realizando, la gestión que yo estaba realizando no era la que ella esperaba y no es posible su señoría pues recuperar los terrenos porque la gestión no había terminado cómo estaba escrita en el contrato de prestación de servicio y eso es decir si a uno le cortan ese derecho, ese derecho de seguir actuando dentro del proceso y lo hizo ella de mala intención y de mala fe al otorgarle el poder a otra por escritura pública, a una abogada y esa abogada entrara a terminar el, los poderes pues no entendía cómo yo podía seguir actuando dentro del proceso para recuperar los terrenos si ya no tenía la facultad para seguirlo haciendo sería algo ilógico, no tendría ningún sentido de qué manera podía yo recuperar el terreno o mis actuaciones si eran para recuperar el terreno si el poder ya me lo habían me lo habían , me lo había, no tenía poder para actuar porque me lo había revocado, entonces esa situación, es decir, que la, todo lo que se pactan en el contrato es una actuación de buena fe, es resultados, pero qué sucede si en el transcurso del camino ,sin ninguna, digamos justificación alguna sin que haya un reclamo mínimo, sí que haya medio documento demostrando que hiciste una, una actuación que no es la correcta por parte del abogado que como consecuencia de ella le revoca los poderes y le da por terminado el contrato no hiciste, vuelvo y le repito es una forma abrupta y de mala fe y engañosa lo que hizo la parte poderdante para dar por terminado el contrato, luego no podía llevar al fin, el fin del contrato no lo podía llevar a cabo por qué no me lo permitieron, porque me forzaron a que tenía que irme del proceso, yo no conozco en este país que a un abogado le revoquen el proceso y pueda continuar laborando, se lo pongo de presente honorable Tribunal, Sala Laboral de Bogotá para que analice el tema, no lo conozco por lo tanto me obligaron a retirarme de las actuaciones que yo llevaba en cada uno de los procesos que estaba adelantando, no podía. En segundo lugar que frente al terreno se hablaron de 5 hectáreas, si*

claro se habló en 5 hectáreas pero quién lo manifestó fue ella, yo no, cuando yo contraté con ella yo no conocía el terreno y ella de buena fe me dijo el señor José tiene 5 hectáreas, el señor, el señor y más exactamente José Vicente García tiene 5 terrenos que se le, se le arrendaron, el señor, el señor Luis Alfonso Álvarez también tiene 5 hectáreas que se la arrendaron, o no se preocupe doctor, claro eso no está en el contrato pero uno firma un contrato y parte del principio de buena fe porque el contrato como usted lo ha manifestado, el contrato es ley para las partes y unas actuaciones, claras ahí en el contrato, yo no me encontraba ni mi domicilio era la ciudad ni conozco Melgar yo estaba en la ciudad de Bogotá y aquí y desde aquí me traslade hice las actuaciones y ella lo sabía, así estaba, aquí se firmó el contrato, en la ciudad de Bogotá. Ella se comprometida a reconocerme bien de un lado, debiendo el terreno de las 5 hectáreas bien sea que ella uniera los terrenos o bien sea que nos pagará de los valores que se obtuvieran de la venta, pero yo no tengo, al momento de que yo, me revocan los poderes hasta ahora estamos en un proceso porque aquí en el contrato no dice que, es que el poder, el, el, el proceso con respecto a José Vicente García iba a durar 2 meses, 6 meses, 1 año porque uno no sabe cuánto va a durar el proceso, ni mucho menos con el señor José Vicente Alfonso Álvarez, mucho menos pero sí se llevaron a cabo todas y una de las actuaciones que están reflejadas en el proceso, eso es claro y está determinado ahí que el abogado si realizó actuaciones y que efectivamente si llevó a cabo las actuaciones para, cómo se vería que en ningún momento incumplió sus actuaciones, la forma abrupta y mal intencionada de la contratante cuál sería, no lo sé, usted dirá, incluso hay otras funciones que yo realice que tampoco me las pagaron, ahora la pregunta que yo me haría, su señoría es bueno y qué pasaría si en este contrato de prestación de servicios no se hubiera estipulado una indemnización, por qué entre otras cosas la indemnización no es igual a los honorarios, la Corte se ha pronunciado en cantidad de sentencias y ha dicho los honorarios son distintas a las indemnizaciones, cláusulas penales, multas, eso es distinto a los honorarios, son dos cosas distintas, aquí no se puede revólver honorarios. Entonces la pregunta que yo dejaría para que se analice de su señoría, qué pasaría si el abogado no hubiese fijado una indemnización, y hubiese llevado y adelantado todos los, las acciones que aquí están probadas en este proceso, entonces quería decir muy de malas doctor porque usted perdió, eso se llama actuar no en Derecho, sino es una cosa injustificable de lo que se pueda mirar de todo punto de vista, la, la, la vuelvo y le repito no, no tenía conocimiento porque el contrato se firmó en la ciudad de Bogotá, no se firmó la ciudad, en el municipio de Melgar no se firmó ni conozco, no se firmó ningunos sitios para haber conocido si realmente, o tendría que yo antes irme y medir antes de firmar este contrato me tendría que haber ido a medir si el señor José Vicente tenía las 5 hectáreas o el señor, el señor Alfonso Álvarez también tenía la 5 hectáreas, uno parte del principio de la buena fe, yo no, no tenía por qué irlo a medirlo ni nada, apartó el principio de la buena fe en el contrato, que ella me está diciendo mire son 5 hectáreas de un lado, ellos tienen, se han apoderado cada uno de 5 hectáreas, bueno, pero yo no tendría por qué saberlo, tendría que irme a medirlo y vuelvo y le repito su señoría ,no se pudo concretar el fin del contrato, el objeto de contrato de prestación de servicios, no se pudo concretar porque fue de forma abrupta que se dio por terminado el contrato, luego fui obligado a separarme de los procesos que tenía, no podía seguir actuando, no podía, no podía seguir metiéndome al proceso si ya no era parte, porque entre otras cosas, sí, sí su señoría mira los procesos automáticamente sale el auto revocándome los poderes ,entonces cuál era, cómo iba a llevar la finalidad del contrato que era recuperar los terrenos que era nada, mucho menos si estamos en el proceso, si estábamos en el proceso, cómo lo podía concluir, pues no podía porque me lo, me lo, me lo cortaron de forma abrupta y no pude concluirlo, pero sí había adelantado muchísimas actuaciones como las que aparecen en el proceso, ahora no se puede decir, entonces sopesar es que la indemnización es como la recuperación de lo que yo de pronto como para sajar un poco los honorarios, una cosa son honorarios y otra cosa son muy distintos lo ha dicho la Corte en diferentes sentencias. Vuelvo y pregunto qué pasaría si en este contrato no se hubiera firmado o se hubiera estipulado una indemnización, que pasaría con honorarios del abogado que actuó dentro de los procesos y no fue y no fue una actuaciones, no fueron actuaciones de simplemente memoriales, fueron actuaciones de diligencias, ahora bien, no podía, otra circunstancia que el Juzgado manifiesta es que no se pudo poner unos valores, no su señoría, no, yo no, no sé ellos tienen unos precios, no sé a cuánto puede ascender esto, precisamente para eso están los peritos que son las personas idóneas para establecer valores pero no podía calcular los valores, ni podría usted decir que 5 hectáreas me están debiendo 10 pesos, de 5 hectáreas me están debiendo esto porque no

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No son objeto de controversia por haber sido reconocidos en la sentencia y no haberse apelado, los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará el Tribunal: (i) que el 11 de febrero de 2012 el demandante suscribió contrato de prestación de servicios con JORGE ENRIQUE BERNAL CRUZ, a través de su apoderada general, para prestar sus servicios profesionales de abogado con miras a realizar las acciones tendientes a la recuperación de los terrenos invadidos y arrendados en el sector San Jorge (folios 1 y 2), (ii) que como honorarios "*por toda la gestión realizada Judicial y extrajudicial"* el actor recibiría 5 hectáreas del terreno recuperado de lo invadido por LUIS ALFONSO ÁLVAREZ o del terreno arrendado a JOSÉ VICENTE GARCÍA, o el valor correspondiente por la venta de los terrenos a las personas referidas, (iii) que la gestión no fue culminada, debido a la revocatoria unilateral del mandato por parte del poderdante, conforme a los escritos presentados ante el Juzgado 2

---

tengo, no soy, no soy idóneo en ese tema ni soy perito y para eso la justicia ha nombrado y tiene auxiliares de la justicia precisamente para ponerle valores a los, a los, a los, a los bienes o a las cosas que en su momento se necesitan establecer efectivamente los valores. Entonces yo le … su señoría del fallo que usted estaba, acaba de dar el día de hoy, porque es decir igual vuelvo y lo pongo de presente y eso a los honorables magistrados que analicen el fallo y tengan en cuenta todos y cada una de las de las piezas procesales qué hubiese sucedido si en este contrato de prestación de servicio, por alguna circunstancia no se hubiera fijado una indemnización, o sea, que en este país fácilmente sucede que muy de malas, perdió porque es que aquí no, no quedo, no se pudo, primero no se pudo, usted no usted llegó al fin del objeto el contrato que era recuperar las tierras, por Dios, me iba a ir yo con un revólver o hacer algo distinto que la norma me dijera para yo poder actuar entre los procesos imposible porque me cortaron ese derecho y como tal no puede actuar dentro de los procesos, así pues entonces imposible, me cortaron ese derecho, y como tal no podía actuar. Entonces en ese orden de ideas, su señoría y al honorable Tribunal de la sala laboral de Bogotá en su leal saber y entender que se analice cada una de las piezas procesales, cada una de las etapas procesales, de cada una de las actuaciones que realizó y que se analicen muy bien si es que realmente quién incumplió el contrato fue el abogado quien no, porque sus actuaciones no las llevó a cabo o por qué es que el abogado debía de ver una vez, porque como el contrato dice que debe de llevarlo a cabo su actuación y era recuperar los terrenos, no lo recuperó, por Dios, como los podría recuperar si es que no me dejaron, no me dejaron actuar, en ese orden de ideas su señoría y solicitó al honorable Tribunal de Bogotá se revise cuidadosamente y se tenga en cuenta que entre este contrato realmente el apoderado, el abogado que estaba actuando, llevando a cabo las acciones para no poderla llevarla a su fin, para no poder concluir con su fin porque le fue revocado el poder de mala intención y de y de mala fe por parte de la contratante, utilizando mecanismos que no era el adecuado porque nunca vuelvo y le repito no me hizo requerimientos de ninguna índole, no hizo nada con respecto a decir que mis actuaciones no correspondían o no estaba satisfecha con sus actuaciones, en ese orden de ideas su señoría dejó sentado mi apelación y se sirva enviar el proceso a la sala laboral del Tribunal de Bogotá, muchas gracias".

Civil del Circuito de Melgar donde se adelantaba trámite de restitución de inmueble, y ante la Fiscalía 23, donde se adelantaba denuncia por invasión de tierras (folios 36 y 37) y, (iv) que debido a lo anterior, el actor reclamó judicialmente y recibió el pago efectivo de la indemnización pactada por la terminación unilateral del contrato sin justa causa (folios 171 a 176).

El Tribunal debe definir si debido a que la gestión no pudo ser culminada por la revocatoria de poder por parte del mandatario, habría lugar al reconocimiento y pago de honorarios a favor de HERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO, sin perjuicio de la indemnización que ya fue cobrada.

Al respecto, los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, definen el *mandato* como un contrato por medio del cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Dicho contrato puede ser gratuito u oneroso y tratándose del mandato para gestiones judiciales, la remuneración se define *por lo acordado entre las partes antes o después del contrato*, y a falta de acuerdo, por lo que disponga la Ley[2], y dicha remuneración en caso de cuota litis estará sujeta a una condición suspensiva, pues en caso de que el resultado previsto (condición) no ocurra, no habrá nacido obligación alguna: solo con un resultado favorable en la gestión encomendada surgirá para el poderdante la obligación de pago[3].

Con estos lineamientos legales y jurisprudenciales y una vez revisado el expediente la Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues se evidenció que los honorarios se pactaron a *cuota Litis* y no se acreditó la culminación de la gestión encomendada. El derecho del demandante a honorarios en el valor correspondientes a 5 hectáreas del terreno recuperado de lo invadido por LUIS ALFNOSO ÁLVAREZ o del arrendado a JOSÉ

---

[2] Código Civil, Artículo 2144. *EXTENSION DEL REGIMEN DEL MANDATO. Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.*

[3] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2803-2020 Rad. 47566 del 8 de julio de 2020: *"cuando los honorarios se pactan a cuota litis, constituyen un alea que hace necesario el acaecimiento de un resultado favorable, tal como se precisó en la sentencia CSJ SL 39171, 22 nov. 2011".*

VICENTE GARCÍA pendía de la condición suspensiva de recuperación de todos los terrenos invadidos o arrendados en el sector San Jorge, propiedad del mandante (folios 1 y 2), como lo confesó el accionante en el interrogatorio de parte al manifestar que se pactó el referido pago en la modalidad de *cuota litis* debido a la situación económica del mandante (CD 1, Min. 57:33).

Además, para situaciones como la que ocurrió, la decisión unilateral injustificada de la apoderada general del contratante de revocación del mandato, le permitió al demandante recibir como *indemnización* el valor correspondiente a 20 SMMLV, suma de dinero que fue debidamente cobrada por la vía ejecutiva ante el Juzgado 13 Civil de Descongestión de Bogotá (folios 171 a 176). Pero de todas formas y aun si se pudiera entender que el pago de dicha indemnización no era óbice para la causación de los honorarios, lo cierto es que en el presente asunto no se acreditó el cumplimiento de la gestión, como lo admite el recurso, lo que impedía el nacimiento de la obligación que se reclama, sujeta a la obtención de un resultado positivo, específicamente, la recuperación de las tierras invadidas por LUIS ALFONSO ÁLVAREZ y las arrendadas a JOSÉ VICENTE GARCÍA, de las cuales se obtendría el terreno con el que serían cancelados los honorarios del actor.

Además, y para responder a los otros argumentos del recurso, se debe recordar que la Sala Laboral de la CSJ exige prueba clara de los hechos que darían lugar al reconocimiento de derechos pecuniarios, no en cuanto a su existencia, sino también sobre su valor, lo que no ocurre cuando el juez debe acudir a *suposiciones* o hacer cálculos sobre supuestos que se no probaron de forma específica en el proceso. La carga de aportar la evidencia correspondiente la tiene quien reclama el pago –en este caso el demandante como ordena el artículo 167 del CGP, por lo cual, en el caso presente, incluso si se hubiera acreditado la gestión (lo que no ocurrió), se debía demostrar cuál era el valor específico de lo reclamado, para lo cual bien se pudo solicitar -pero en el momento oportuno- las pruebas que estimase pertinentes, lo que no ocurrió.

Por el resultado del recuso las costas de segunda instancia corren a cargo del demandante.

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

RESUELVE

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

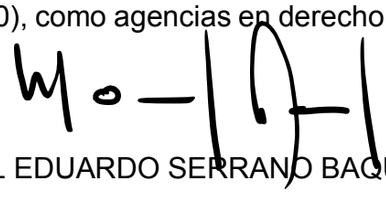
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MARIBEL RODRÍGUEZ GIRALDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 14 de abril de 2021 por el Juez Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se NEGÓ la anulación del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Johana Alexandra Duarte Herrera, apoderada judicial de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A., identificada con T.P. 184.941, para actuar como apoderada judicial de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido en la escritura pública No. 788 de 5 de abril de 2021; y téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARIBEL RODRÍGUEZ GIRALDO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la anulación por ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 26 de abril de 1995, con fundamento en la omisión de la AFP PORVENIR S.A. en cumplir su deber profesional de información, pues el asesor comercial del fondo privado se limitó a llenar un formato preestablecido, pero no le suministró información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta sobre las prestaciones económicas que obtendría en dicho régimen pensional, ni sobre las implicaciones y consecuencias negativas del traslado. Como consecuencia de lo anterior pide que se disponga la afiliación de la demandante en el RPM y se condene a la AFP PORVENIR S.A. a devolver todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación a COLPENSIONES, y que en caso de haberle otorgado previamente la pensión de vejez, siga pagando la mesada pensional hasta tanto sean trasladados todos los recursos y sea incluida la demandante en nómina de pensionados en COLPENSIONES (ver demanda en folios 179 a 231 del plenario).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante optó por trasladarse al RAIS de manera consciente, libre y sin ningún tipo de presiones, después de que el fondo le suministrara información sobre las condiciones de causación de la pensión de vejez, y sobre las ventajas y desventajas de dicho régimen pensional, y advirtió que dichas características se encuentran descritas en la Ley 100 de 1993 y que solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, y las Leyes 1328 de 2009 y 1748 de 2014, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no*

debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y *buena fe* (ver contestación en folios 258 a 277).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen de la demandante fue realizado por la demandante de manera voluntaria y en atención a lo dispuesto en la normatividad vigente para la época del traslado. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe* y la *innominada o genérica* (ver contestación en folios 311 a 317 del plenario).

Termino la primera instancia con sentencia de 14 de abril de 2021, mediante la cual el Juez Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la anulación del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por MARIBEL RODRÍGUEZ GIRALDO, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones elevadas por las demandadas. TERCERO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandante y a favor de cada una de las demandadas en la suma de $1.000.000. CUARTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. QUINTO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante"* (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 20:06).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia se remitió a la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema

de Justicia, advirtiendo que se deben atender las particularidades de cada caso, y concluyó que con las pruebas practicadas en el proceso la AFP PORVENIR S.A. demostró el cumplimiento de su deber de información. Lo anterior, teniendo en cuenta que la demandante reconoció que se le suministró suficiente información para que pudiera tomar su decisión de traslado de régimen, pues: (i) confesó que su vinculación fue libre y voluntaria; (ii) manifestó que asistieron varios fondos a la empresa y se decidió por PORVENIR S.A., pues era el fondo que más beneficios le ofrecía; (iii) indicó que los asesores comerciales de la AFP le dijeron que los aportes efectuados al ISS serían trasladados a su cuenta de ahorro individual, que podía realizar aportes voluntarios, y que el saldo podía ser cobrado por un familiar en caso de muerte; y, (iv) afirmó que conocía las particularidades de cada uno de los regímenes y la forma como se pensionaría en cada uno de ellos (RPM-requisito de semanas vs RAIS – capital más intereses).

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante pide que se revoque el fallo en su integridad. Lo anterior teniendo en cuenta la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, y para el efecto hizo énfasis en que la información que deben suministrar los fondos privados debe contener tanto los aspectos favorables como los desfavorables de cada régimen, incluyendo proyecciones pensionales y el capial necesario para obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimarlo si el cambio de régimen lo perjudica. Por lo anterior, considera que el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte que rindió la actora no son pruebas suficientes de la existencia de consentimiento informado para el momento del traslado de régimen, pues la demandante afirmó en su declaración que se vinculó al RAIS por que le dijeron que el ISS se iba a acabar y que tendría más beneficios, por lo que prácticamente se sintió obligada a realizar dicho traslado (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 20:06).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 32 años de edad y había cotizado 285 semanas[1], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 9 meses y 15 días)[2], y para la fecha de presentación de la demanda le faltaba menos de un año para cumplir la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver cédula aportada a folio 53 del plenario y presentación de la demanda a folio 232).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [3] [4], según

---

[1] Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por ambas partes en folios 14, 15 y 318 a 321, y en el expediente administrativo aportado en medio magnéticvo (CD 2).
[2] Ibídem.
[3] Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "*(…) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*
Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".
[4] Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en*

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

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

---

cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia para declarar -en las mismas palabras usadas por la corte- la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR no probó haberle brindado TODA la información que era pertinente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (el 26 de abril de 1995 – ver folio 19), como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario no solo que se ilustre sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener cada afiliado, pues, en palabras de esa Corporación, el deber de información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esta decisión",* hecho que no confesó al demandante pues la declaración de parte indicó que la empresa en la que laboraba (TECNAIRE) reunió a sus trabajadores para que recibieran una asesoría *grupal* que duró aproximadamente 30 minutos, en la que le dijeron que debía trasladarse al fondo privado de pensiones dado que el ISS

se iba a acabar y recibirían por ello varios beneficios como que la pensión sería más alta que en el ISS pues los dineros de la cuenta de ahorro individual generaban intereses, se podía pensionar en el momento que quisiera, *"la plata"* no se perdería en caso de no tener hijos menores o esposo, y podía hacer aportes voluntarios (audiencia virtual, minuto 11:37).

Si bien la demandante afirmó conocer que la pensión en el ISS sería el promedio de los últimos 10 años, mientras que en el RAIS dependía del capital acumulado en una cuenta de ahorro individual que generaría intereses, lo cierto es que la demandada no demostró haber ilustrado sobre los riesgos inherentes al valor de la pensión por dfinicnecias de capital, ni haberle informado el valor de los aportes que debían efectuar para acceder a una pensión igual o superior a la que le correspondería en el RPM, o de ser su aspiración, para acceder a una pensión anticipada. Tampoco demostró la AFP que se le hubiera informado sobre aspectos que podrían ser desfavorables como: (i) que en el RAIS se hacen mayores descuentos sobre las cotizaciones, pues además del porcentaje que corresponde por concepto de gastos de administración –que es igual en ambos regímenes- se hacen descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes; (ii) que la devolución de saldos no puede ser solicitada por el afiliada en cualquier momento, sino únicamente cuando llegue a la edad para acceder a la garantía de pensión mínima (60 años para las mujeres) si no cuenta con el capital suficiente para financiar una pensión mínima ni con las semanas requeridas para acceder a la garantía de pensión mínima (1150 semanas); (iii) en el caso particular de las mujeres, que la fecha de redención normal del bono pensional (60 años) no coincide con la edad para acceder a la garantía de pensión mínima (57 años), lo que podría afectar el capital para financiar la pensión en el caso de que tenga la expectativa de reclamar el reconocimiento pensional antes de los 60 años de edad, y muchos otros muchos aspectos que resultaban pertinentes y debía conocer antes de su decisión de traslado para que se pudiera entender la existencia de un consentimiento *informado*, según lo definió la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un "*saneamiento*" la permanencia de la actora en el RAIS.

Se dictarán entonces las condenas que corresponden con el criterio que en esta materia trazó la Corte, según el cual, se debe ordenar el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración que cobró la AFP (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). En palabras de la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, se declarará que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones.

Por las resultas del proceso las COSTAS en primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. REVOCAR la sentencia de primera instancia. En su lugar, se **DECLARA** la ineficacia del traslado de MARIBEL RODRÍGUEZ GIRALDO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

2. CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

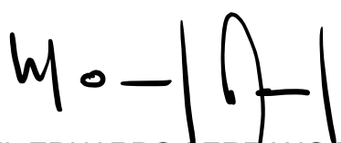
3. ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA que entregue toda la información contenida en la historia laboral de MARIBEL RODRÍGUEZ GIRALDO a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

4. DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

5. COSTAS en primera instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE JOHN ALBEY GÓMEZ DÍAZ CONTRA JAHF CONSTRUTEL E.U.

Bogotá D. C., Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante contra la sentencia dictada por la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 2020, mediante la cual declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre JOHN ALBEY GÓMEZ DÍAZ y JAHF CONSTRUTEL E.U. y se condenó al pago de las indemnizaciones moratorias por no pago de salarios prestaciones sociales al terminar los vínculos, indemnización por despido indirecto en el último contrato, y aportes a seguridad social en pensiones entre el 16 al 30 de diciembre de 2017 y del 1 de abril al 28 de mayo de 2018.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOHN ALBEY GÓMEZ DÍAZ presentó demanda contra JAHF CONSTRUTEL E.U., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de agosto de 2017 al 28 de mayo de 2018, el cual habría terminado sin justa causa por *"haber dado lugar a ello la empresa"* y por retirarlo de la EPS. Pidió que se condene al pago de diferencias salariales, vacaciones, cesantías, primas de servicios, intereses sobre

cesantías, indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías y no pago de prestaciones sociales al momento del retiro, reliquidación de aportes a seguridad social (pensión, salud y riesgos laborales) e indemnización por terminación del contrato sin justa causa en estado de tratamiento médico.

Como fundamento de lo pedido afirmó que el 19 de agosto de 2017 celebró contrato laboral con JAHF CONSTRUTEL E.U. para desempeñar funciones *de empalmador de redes telefónicas*, con horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y un salario de $1.000.000, del cual no se le entregó copia. Debido a complicaciones gástricas, asistió a cita médica en noviembre de 2017 y conforme a los exámenes realizados, tuvo una cirugía que le generó incapacidad del 5 al 23 de diciembre de 2017. Al proceder a reclamar medicamentos se le informó que estaba desafiliado de la EPS desde el 15 de diciembre de dicha anualidad. Fue afiliado nuevamente en febrero de 2018, luego de que el empleador le hiciera firmar nuevo contrato en el que disminuyó su salario y el cargo pasó a ser de *auxiliar*. Debido a las múltiples incapacidades que tuvo, el empleador generó trabas para asistir a citas médicas, por lo que optó por solicitar permisos por escrito. El 23 de mayo de 2018 solicitó copia del contrato de trabajo, petición que no fue resuelta. Renunció al cargo debido a la falta de respuesta y la desmejora salarial y de cargo desempeñado. Todos los medios y elementos de trabajo son propiedad de la demandada, no se le cancelaron el salario de enero de 2018 ni las prestaciones sociales de todo el vínculo, ni se le envió dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato el estado de pago de cotizaciones a seguridad social (Ver demanda a folios 3 a 24 del expediente).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por JAHF CONSTRUTEL E.U., mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones con fundamento en que entre las partes se suscribieron dos contratos de trabajo independientes entre sí, por obra o labor contratada, en los que se fijó una remuneración de 1 SMMLV y las sumas adicionales percibidas por el trabajador no constituyen salario, sin que hubiera vínculo ni prestación de servicios en el mes de enero de 2018.

Agregó que ninguno de los contratos terminó por despido, y que las prestaciones sociales y vacaciones fueron debidamente canceladas mediante consignación a la cuenta del demandante. Propuso como excepciones *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*, *buena fe* y *prescripción* (ver contestación a folios 81 a 87 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de noviembre de 2020, en la cual la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá declaró dos contratos de trabajo entre JOHN ALBEY GÓMEZ DÍAZ y JAHF CONSTRUTEL E.U. el primero entre el 19 de agosto y el 30 de diciembre de 2017 y el segundo entre el 4 de febrero y el 28 de mayo de 2018, y condenó al pago de las indemnizaciones moratorias por no pago de salarios y prestaciones sociales al terminar los vínculos, indemnización por despido indirecto en el último contrato, y aportes a seguridad social en pensiones del 16 al 30 de diciembre de 2017 y del 1 de abril al 28 de mayo de 2018. Señaló que no había lugar a condenar a la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pues no se acreditó que para la fecha de terminación del segundo contrato se presentara calificación de pérdida de capacidad laboral, incapacidad u otra situación que diera cuenta de debilidad manifiesta del trabajador en virtud de su estado de salud.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO DECLARAR que entren señor JOHN ALBEY GÓMEZ DÍAZ, en calidad de trabajador, y JAHF CONSTRUTEL E.U., en calidad de empleador, existieron dos contratos de trabajo de duración de obra o labor determinada que estuvieron vigentes entre 19 de agosto y el 30 de diciembre del 2017 y del 4 de Febrero al 28 de mayo del 2018, respectivamente, desempeñándose el actor como empalmador y recibiendo como salario las sumas equivalentes a $737.717 y $781.242 pesos, respectivamente, en cada una de sus vinculaciones, atendiendo a lo señalado en precedencia. SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la sociedad JAHF CONSTRUTEL E.U. a pagar al señor JOHN ALBEY GÓMEZ DÍAZ las siguientes sumas: $1.819.660, por concepto de indemnización moratoria establecida en el*

artículo 65 del contrato de trabajo por obra o labor determinada comprendido entre el 19 agosto y el 30 de diciembre del 2017, la suma de $2.031.198, por concepto de la indemnización moratoria del artículo 65 por el segundo contrato finalizado el 28 de mayo del 2018, la suma de $390.621, por concepto de la indemnización por despido indirecto en el segundo contrato. TERCERO: CONDENAR a la sociedad demandada JAHF CONSTRUTEL E.U. a pagar por la totalidad de los aportes a pensión de los lapsos comprendidos entre el 16 al 30 de diciembre del 2017 y del primero de abril al 28 de mayo del 2018, a favor del demandante, ante la entidad a la cual se encuentra afiliado junto con los respectivos intereses moratorios que previene el artículo 23 de la ley 100 de 1993. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. QUINTO: ABSOLVER a la demandada JAHF CONSTRUTEL E.U. de las demás pretensiones presentadas en su contra por parte de JOHN ALBEY GÓMEZ DÍAZ de conformidad con lo enunciado anteriormente. SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente" (CD 2, Hora 1:07:22).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante manifestó que las liquidaciones no fueron debidamente determinadas ni entregadas por el empleador, ni dio respuesta a la solicitud elevada para la entrega del contrato, y los pagos de prestaciones y vacaciones no concuerden con lo adeudado. Así mismo, afirmó que, a efecto de la indemnización por despido de persona en situación de discapacidad, se debió tener en cuenta que la empresa desafilió al demandante de la EPS, razón por la cual no pudo terminar su tratamiento y adelantar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral (CD 2, Hora 1:09:55)[1].

[1] *Sí señoría, muy amable muy gentil, su sentencia pues a pesar de que se adentró bastante en justicia siempre le quedó faltando alguito su señoría y sobre esa partecita si me permito presentar el recurso de apelación teniendo en consideración que las liquidaciones de las prestaciones sociales nunca fueron determinadas por la empresa, si bien se asoma que existieron un pago de $500.000 pesos y una consignación de 200 algo que propuso la, la demandada, que fueron $206.000, esos no concuerda con la liquidación de cesantías, primas vacaciones, intereses a las cesantías que debía haberse liquidado o de parte de la empresa*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia, por haberse declarado en la sentencia de primera instancia y no haber sido apelados, (i) que las partes ejecutaron dos contratos de trabajo a término de la obra o labor contratada, del 19 de agosto al 30 de diciembre de 2017 y del 4 de febrero al 28 de mayo de 2018, en los cuales el demandante se desempeñó como *empalmador*, percibiendo 1 SMMLV (folios 90 a 93 y 97 a 100), y que el último vínculo terminó por renuncia motivada del trabajador (folios 29 y 30).

La controversia que plantea el recurso versa sobre (i) la liquidación de prestaciones sociales (cesantías, intereses sobre las cesantías y primas) o vacaciones, que tasó la sentencia de primera instancia, y (ii) si procede o no el pago de la indemnización que regula el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

(i) Frente a la primera materia propuesta como objeto de la apelación, la Sala no encuentra argumentos de oposición a la decisión de primera instancia; ni

---

y haberle hecho una entrega formal de esa liquidación para establecer la realidad de la misma, como bien lo señaló su Despacho y está contestado en la demanda no se ofreció esa respuesta a la petición que realizó el demandante con fecha 23 de mayo en la cual le solicitaba no sólo le entregará la copia del contrato para establecer de qué clase de contrato estaba hablando y la previsión del mismo, porque recordemos señoría que la obra o labor a la que estaba vinculado el trabajador, como bien lo dispuso su Despacho, no se estableció qué tiempo tenía, tenía para su terminación, desde luego que de allí depende que con virtud en lo manifestado por su Despacho que se declaró la terminación del, del contrato por despido indirecto daría pie para que esta liquidación se realice de la forma adecuada, toda vez que no se presentó y existen diferencias en su liquidación. Se agradece sí a su Despacho que haya desde luego tenido en cuenta la indemnización moratoria que lo determinó bastante bien pero sobre valores que no están liquidados, entonces al no estar una liquidación efectivamente realizada, estos valores necesariamente van a diferir y su Despacho pues absuelve a la parte demandada en lo pertinente por qué no se establece que haya existido una causal de las determinadas en la sentencia que su señoría pudo bien leer en la cual manifiesta que para que exista esa clase de indemnización se debe incurrir en varias alternativas, entre ellas pues las calificaciones que deben ser desde luego proferidas por la autoridad competente, en este caso la EPS, la ARL, la junta regional o la junta nacional, que desde luego no se asoma porque el trabajador apenas estaba iniciando un tratamiento que lo inició en el mes de noviembre pero su señoría no atinó a tener en cuenta que la empresa retiró al trabajador de la seguridad social lo que no le permitió continuar ni con su tratamiento ni con la calificación que ameritaba para tener en cuenta esta situación que tiene en cuenta de artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En lo demás, su señoría, pues agradezco a su Despacho que haya tenido en cuenta la indemnización también por el, por la moratoria y desde luego son únicamente esos aspectos lo que atañen el recurso de apelación que es, en lo referido a la no liquidación efectiva y la no entrega de esa para poder constatar la efectividad de la liquidación, gracias señoría."

siquiera se indica en el recurso cual de las prestaciones sociales se le adeuda al demandante, por lo cual carece de sustentación. No obstante, y por tratarse de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, el Tribunal efectuó las operaciones aritméticas pertinentes, con base en el salario declarado en primera instancia (mínimo legal mensual vigente), y encuentra causados en favor del demandante los siguientes derechos:

Concepto	***Contrato 19/08/2017 – 30/12/2017***	***Contrato 04/02/2018 – 28/05/2018***
Cesantías	***$ 270.496***	***$ 286.455***
Primas	***$ 270.496***	***$ 286.455***
Intereses sobre cesantías	***$ 13.243***	***$ 14.027***
Vacaciones	***$ 135.248***	***$ 143.228***
Total	***$ 688.142***	***$ 728.743***

TOTAL CAUSADO……. $1.416.885.

La suma anterior resulta inferior a los pagos que acreditó efectuados la demandada con los comprobantes de allegados al expediente, y que en total ascienden a $1.500.006 (folios 95, 96 y 101), cuyo recibo fue reconocido en el interrogatorio de parte al demandante al manifestar que si bien la demandada no efectuó la liquidación que permitiera entender las prestaciones que se cancelaban, sí recibió dichas sumas globales por pago de las liquidaciones de sus contratos de trabajo (CD 1, Min. 12.55).

(ii) Para resolver la segunda materia de apelación, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie autorización de la oficina del Trabajo.

La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar.

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

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la interpretación de las normas legales vigentes a casos concretos, ha dispuesto que las "*personas limitadas"* a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que acrediten haber sufrido una reducción cierta en su capacidad laboral superior al 15% o aquellas que acrediten encontrarse en un estado de debilidad manifiesta. En dicha jurisprudencia la Corte dispuso los parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuales personas son objeto de la protección especial de la Ley y cuáles no.

No toda afectación en la salud del trabajador, ni toda limitación de su capacidad laboral generan una dificultad cierta para la reinserción del trabajador en el sistema competitivo laboral, y ese es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997. Otorgar estabilidad reforzada a servidores que sufren limitaciones mínimas en la capacidad laboral, o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes traería un efecto contrario al pretendido por la Ley y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues las cargas adicionales que deban afrontar los empleadores que vinculan personas discapacitadas implicaría para estas personas, en la práctica, menores

[2] Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

posibilidades de acceso a los pocos empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

El anterior criterio jurisprudencial fue ratificado recientemente por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL572-2021 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DIAZ, a cuyo contenido nos remitimos.

Bajo estos criterios, para otorgar la protección que asigna la Ley 361 de 1997, el juez debe tener *certeza* sobre una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje referido, o de una situación de debilidad manifiesta en el trabajador para el momento del despido, y *certeza* de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en la incapacidad, requisito que se presume ocurrido cuando se demuestra conocido por empleador el porcentaje de pérdida de capacidad o una situación de *debilidad manifiesta*. Dicha presunción puede ser desvirtuada por el empleador si aporta prueba que demuestre la existencia de otra *causa eficiente* de terminación del contrato de trabajo. La *presunción* de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba del hecho que la genera: que la limitación en la capacidad de trabajo existía y era conocida por el empleador.

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará también esta parte de la decisión de primera instancia, pues ninguna evidencia se allegó sobre incapacidad del demandante para el momento de terminación de la relación de trabajo o que dicha situación fuera conocida por su empleador.

La historia clínica aportada refiere inconvenientes gástricos que fueron objeto de una cirugía de dilatación endoscópica de píloro con balón, adelantada durante la incapacidad otorgada del 5 al 23 de diciembre de 2017 (folios 37 a 55), y que posteriormente se presentaron sólo 3 incapacidades de 1 a 2 días, del 5 al 6 de marzo, del 15 al 16 y del 23 de mayo de 2018 (folios 56 a 58), sin

que se advierta calificación de pérdida de capacidad laboral, o el inicio del trámite para el efecto por parte del accionante, lo que excluye un nexo causal entre la patología del actor y la finalización de los contratos de trabajo (folios 29, 30 y 94). Ninguna evidencia se allegó para respaldar las afirmaciones que hizo el demandante quien señaló encontrarse incapacitado médicamente por parte de Salud Total EPS para las fechas de terminación de los vínculos (30 de diciembre de 2017 y 28 de mayo de 2018).

Por el resultado del recuso las costas de segunda instancia corren a cargo del demandante.

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

RESUELVE

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

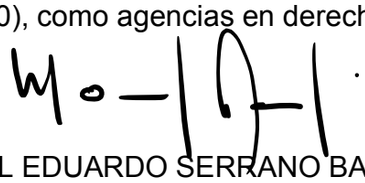
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE ANA ZAALISHVILI CONTRA BANCO PROCREDIT COLOMBIA S.A., HOY BANCO CREDIFINANCIERA S.A.,

Bogotá D. C., Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante contra la sentencia dictada por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de marzo de 2021, mediante la cual absolvió al BANCO PROCREDIT COLOMBIA S.A., HOY BANCO CREDIFINANCIERA S.A. del pago de indemnización por despido injusto.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANA ZAALISHVILI presentó demanda contra BANCO PROCREDIT COLOMBIA S.A., HOY BANCO CREDIFINANCIERA S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 10 de diciembre de 2013, prorrogado automáticamente hasta el 10 de diciembre de 2016, el cual habría terminado por decisión unilateral del empleador sin justa causa y sin previo aviso. Pide que se condene al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo a término fijo e indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 10 de diciembre de 2013 suscribió contrato de trabajo a término fijo con el BANCO PROCREDIT COLOMBIA S.A., HOY BANCO CREDIFINANCIERA S.A., para desempeñar el cargo de *jefe de proyectos*. El último salario devengado fue $4.540.000 mensuales. El 4 de enero de 2016, sin previo aviso, el empleador le informó la terminación de su contrato de trabajo sin justa causa y reconoció la indemnización por despido como si se tratara de un vínculo a término indefinido. El 21 de enero de 2016 presentó solicitó el pago de la indemnización conforme al contrato firmado a término fijo, que fue despachada desfavorablemente el 9 de febrero siguiente (ver demanda a folios 24 a 32).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por el BANCO PROCREDIT COLOMBIA S.A., HOY BANCO CREDIFINANCIERA S.A.,, mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones, con fundamento en que si bien el contrato inicialmente pactado fue a término fijo, el mismo fue reemplazado por uno de término indefinido en diciembre de 2014 como consta en certificación emitida por la empresa con destino a la Embajada de Georgia, y lo manifestó la trabajadora en correo electrónico del 21 de octubre de 2015. Por ello no había lugar a preaviso, y al ocurrir una terminación sin justa causa se pagó a la demandante la indemnización que le corresponde. Propuso como excepciones *buena fe*, *mala fe del demandante*, *compensación* y *genérica* (ver contestación a folios 48 a 57).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de marzo de 2021, en la cual la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió al BANCO PROCREDIT COLOMBIA S.A., HOY BANCO CREDIFINANCIERA S.A., de la pretensiones de la demanda, tras considerar que, el contrato a término fijo inicialmente suscrito mutó a uno de término indefinido el 31 de diciembre de 2014, según la voluntad de las partes, cambio que se encuentra permitido por la legislación y del cual dan cuenta las certificaciones expedidas por el empleador y el correo electrónico remitido por la demandante en que refiere conocer que es dicha modalidad contractual la que la une con la demandada.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: ABSOLVER a la demandada BANCO CREDIFINANCIERA S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, ANA ZAALISHVILI, identificada con el pasaporte No. 01022005612 de Georgia, de conformidad con lo expuesto precedentemente. SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas. TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $100.000. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral"* (Audiencia Virtual 26 de marzo de 2021, Min. 15:30).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante manifestó que se deben valorar en debida forma los medios de prueba aportados al plenario, entre ellos el contrato de trabajo a término fijo de 12 meses suscrito por las partes respecto del cual no existe controversia y se ajusta a los requisitos legales. Afirma que la modificación en la duración del término del contrato no conllevó ninguna estabilidad para la trabajadora, y que no existió ninguna *ritualidad* por parte de la demandada para dicho cambio (Audiencia Virtual 26 de marzo de 2021, Min. 16:28)[1].

[1] *Muchas gracias, su señoría. En este estado de la diligencia, me permito interponer recurso de apelación contra el fallo proferido en esta instancia, como quiera que es visible frente a la apreciación de las pruebas, aquí encontramos a folio 4 el contrato de trabajo allegado, adjuntado un contrato a término fijo aceptado por las partes, que en su cláusula sexta establece: 'la duración del presente contrato será a término fijo de 12 meses y tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia de trabajo. Sin embargo, los primeros 2 meses del presente contrato constituirán periodo de prueba y por consiguiente cualquiera de las partes podrá darlo por terminado unilateralmente en cualquier momento durante dicho período. Parágrafo primero: sin si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisara por escrito, por escrito, a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a 30 días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado y así sucesivamente'. Estamos frente a un contrato de trabajo a término fijo que en ningún momento fue desconocido por la parte demandant… demandada, ahí vemos y observamos todos los presupuestos en que establece la Ley laboral frente a la relación que se dio entre Ana y la ent… el Banco Procredit. Aquí vemos que el Juzgado no se ha tomado la razón de hacer la valoración de la prueba como establece el artículo 176 del C.G.P. 'Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la Ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El Juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba'. De todas maneras observamos también que de todas las pruebas arrimadas al proceso, en ningún momento hay*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia, los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término fijo de 12 meses el 10 de diciembre de 2013 para las funciones de *jefe de proyectos* (folios 4 a 12); (ii) que el vínculo terminó por decisión unilateral del empleador y sin justa causa, el 4 de enero de 2016 (folio 16); y (iii) que el demandado pagó la indemnización por despido sin justa causa de conformidad con lo dispuesto en la Ley para contratos de trabajo de término indefinido (folio 20).

La controversia se centra en determinar cual era la modalidad del contrato de trabajo que venían ejecutando las partes en el momento del despido, y en dado caso si procede el ajuste en el valor de la indemnización por terminación sin justa causa de la relación de trabajo.

Para resolverla la legislación laboral permite a las partes elegir entre las distintas modalidades contractuales según la necesidad siempre y cuando se

---

una, una ritualidad presentada por el Banco hacia la trabajadora y a su aceptación de, del contrato a término indefinido, fue un cambio si bien es cierto usted manifiesta que fue para generarle estabilidad, aquí no le generaba ninguna estabilidad porque posteriormente la despidieron y vienen aprovechándose de la parte de que era un contrato a término indefinido y les valía mejor pagar una indemnización bajo los parámetros de un contrato a término indefinido que un contrato a término fijo. Entonces cuál estabilidad laboral pregona el despacho, frente a una, a una suspicacia y a una desventaja de la trabajadora que con alma corazón y vida prestó los servicios al banco. Entonces no tenemos una, una razón válida de parte del despacho donde justifica esta decisión de declarar absuelta y de todo pecado a la parte demandada. Encontramos lo mismo en la parte de la necesidad de la prueba, del artículo 164 del CGP, el artículo 165 medios de prueba, 'sirven como medios de prueba la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, los documentos y los indicios y cualquier otro medio que sea útil para obtener la información del convencimiento del juez'. Aquí no venimos con el cuento de que vamos a ver una estabilidad y entonces le volvieron eso y, indujeron a error a varia, de un hecho falso, sacar un provecho, induciendo a error a la trabajadora al no darle la, la, la, la indemnización como en derecho corresponde, como un contrato a término fijo que es lo que se aporta al plenario, no hay discusión, no hay controversia, ahí está el contrato a folio 4 y de ello se debe proferir u, un, un fallo que realmente sea en justicia, en honor a la verdad a la justicia y el derecho. Por eso interpongo el recurso de apelación contra la sentencia proferida en esta instancia. Muchas gracias, señora Juez".

respeten los derechos mínimos que consagra el ordenamiento jurídico en favor de los trabajadores.

Según los artículos 37 y 38 del CST, el contrato de trabajo no requiere formalidad alguna para su validez, salvo norma en contrario, y se puede celebrar de forma escrita o verbal, siempre y cuando se acuerde como mínimo la índole del trabajo y lugar de realización, la cuantía y forma de la remuneración, y la duración del vínculo. El artículo 47 del mismo estatuto establece como modalidad genérica del contrato -a falta de un término pactado válidamente- la de *término indefinido*, que tendrá vigencia mientras subsistan las causas y la materia que le dieron origen; y el artículo 46 dispone para la validez del contrato a *término fijo*, que se debe pactar por escrito.

Con estas premisas normativas y dado que el artículo 54 del referido estatuto laboral señala que la existencia y las condiciones del contrato de trabajo se pueden acreditar *por los medios probatorios ordinarios*, la existencia de un contrato de trabajo en la modalidad de término fijo solo se podrá acreditar mediante un documento escrito que lo contenga, y la modalidad contractual de término indefinido se podrá probar por cualquier medio, aunque la modalidad que le preceda sea de término fijo.

Revisada la evidencia aportada al expediente, el Tribunal confirmará la decisión apelada, pues las pruebas aportadas acreditan que la modalidad contractual que venían ejecutando las partes para la fecha en que se extinguió el vínculo, era de término indefinido.

Obra como prueba clara de ello el correo electrónico de fecha 21 de octubre de 2015, en el que la demandante responde al envío de unos archivos por parte del demandado, y afirma que *“Ninguno de los documentos enviados es el contrato de trabajo indefinido que actualmente tengo con el banco. Por favor enviarme el contrato solicitado”* (folios 63 a 66), escrito cuya autoría fue reconocida por ella al absolver interrogatorio de parte y cuyo claro contenido no se desvirtúa por las *“limitaciones en el lenguaje”* que alega tener, pues

ocupó por mas de dos años en la empresa el cargo de *jefe de proyectos* y frente a cualquier duda idiomática bien pudo obtener las traducciones o asesorías pertinentes para hacer que las palabras que expresó fueran las que tenía en su entendimiento (Audiencia Virtual del 10 de marzo de 2020, Min. 11:25).

Además de ello obra en el expediente la certificación de fecha 2 de junio de 2015, expedida por el BANCO PROCREDIT COLOMBIA S.A., hoy BANCO CREDIFINANCIERA S.A., con destino a la Embajada de Georgia, en la cual se indica que la demandante se encuentra vinculada por *"CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO"* (folios 77 y 78); y el formato de *"RESUMEN CONTRATO PARA VISA TP.4"* del Ministerio de Relaciones Exteriores, que refiere en las casillas de tipo de contrato y fecha de finalización de labores *"CONTRATO A TERMINO (sic) INDEFINIDO"* (folio 67).

De los documentos referidos resulta claro que si bien las partes acordaron inicialmente un contrato de término fijo, por escrito, modificaron verbalmente tal vinculación a un contrato de término indefinido, modalidad que, dicho sea de paso, resulta más favorable de cara a la estabilidad del trabajador pues impide que el empleador ponga fin a la relación con un simple preaviso y sin pagar indemnización alguna.

En el caso bajo estudio tampoco se demostró que la modificación contractual se hubiera propuesto con ánimo de defraudar o menoscabar los derechos de la trabajadora, pues la certificación que da cuenta del cambio de modalidad contractual es del 2 de junio de 2015 (folios 77 y 78) más de 6 meses previos a la fecha en que presuntamente se renovaría el contrato a término fijo (10 de diciembre de 2015 – ver contrato a folios 4 a 12), y el despido ocurrió el 4 de enero de 2016.

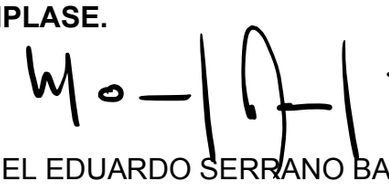
Por el resultado del recuso las costas de segunda instancia corren a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

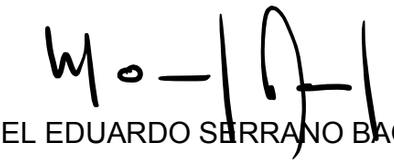


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado