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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE ELSA PLAZA SUAZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

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

AUTO

OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 26 de mayo de 2021, dentro del proceso de tutela con radicado No. 63152, mediante la cual dejó sin efectos la sentencia proferida por esta Sala el 27 de marzo de 2019 y ordenó dictar nueva decisión, siguiendo los lineamientos fijados en la parte motiva de dicho proveído.

SENTENCIA

Agotado el trámite de alegatos de conclusión en la audiencia celebrada el 27 de marzo de 2019, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para dictar sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, mediante la cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de marzo de 2019. En dicha providencia se DECLARÓ la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al

régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y se condenó a COLPENSIONES a pagar a su favor la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990.

La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación y traslado de la demandante ELSA PLAZA SUAZA, identificada con cédula de ciudadanía Nº 41.730.244 al régimen de ahorro individual realizado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIOES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A Y PROTECIÓN S.A. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a trasladar a la administradora Colombiana de pensiones-COLPENSIONES los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante ELSA PLAZA SUAZA, identificada con cédula de ciudadanía Nº 41.730.244, que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos los frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C; sin que haya lugar a que dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES representada legalmente por su Presidenta o por quien haga sus veces, a reactivar la afiliación de la demandante ELSA PLAZA SUAZA, identificada con la cédula de ciudadanía Nº 41.730.244 en el régimen de prima media por prestación definida, administrado por tal entidad y a recibir los aportes trasladados por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PROTECIÓN S.A. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, reconocer la pensión de vejez a la demandante ELSA PLAZA SUAZA, identificada con la cédula de ciudadanía Nº 41.730.244 a partir del 4 de marzo de 2011, fecha en la cual cumplió la edad de los 55 años de edad, la que será exigible a partir del 1º de agosto de 2017, y que deberá liquidar teniendo en cuenta el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado la*

afiliada durante los (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice al consumidor, según certificación que expida el DANE, con una tasa de reemplazo del 90% autorizando a la demandada para descontar de ella el valor correspondiente a los aportes a salud. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las entidades demandadas. SEXTO: CONDENAR en costas a la parte accionada COLFONDOS S.A y PROTECIÓN S.A dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una SÉPTIMO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el superior" (audio No. 3, minuto 48:30).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia estimó que la AFP demandada no cumplió con el deber de información en el momento que asesoró a la demandante para el traslado de régimen, resultando insuficiente la suscripción del formulario de afiliación pues de éste no se puede inferir qué tipo de información fue brindada por el asesor. Además, encontró cumplidos los requisitos que dan acceso a la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES aduce que no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento que prestó la demandante en el momento del traslado del régimen y ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al efectuar traslados horizontales dentro de dicho régimen. Además, advierte respecto del reconocimiento pensional que no tuvo oportunidad de hacer un estudio en aras a establecer o corroborar si la actora conservaba el régimen de transición (CD 3, minuto 50:56)[1].

[1] *"Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia que acaba de proferir para que los Honorables Magistrados del Honorable Tribunal Superior de Bogotá la revoquen en su integridad, así mismo solicito a los Honorables Magistrados se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de mi representada respecto de las condenas impuestas en ésta instancia que afectan*

Por su parte, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia, o de forma subsidiaria, se revoque la condena que se le impuso a devolver los gastos de administración y la condena en costas. Afirma que la demandante no se podía beneficiar de la jurisprudencia de la CSJ que se ha dictado en la materia con posterioridad al

---

directamente a mi representada COLPENSIONES. Mi recurso de apelación lo sustento en el sentido de apartarme la interpretación otorgada por el despacho habida cuenta que no se pudo probar de debida forma el vicio de consentimiento el cual indica la parte demandante fue inducida al momento de efectuar el traslado de régimen pensional en noviembre de 1995, para lo cual, solicito tenga en cuenta el Honorable Tribunal lo manifestado por la parte demandante en el interrogatorio de parte en el sentido de indicar que una de las razones que le mencionaron a ella para motivarla al traslado del régimen pensional era que el ISS se iba a acabar, para lo cual debe ser tenido en cuenta que si bien en 1995 no se acabó efectivamente el ISS lo cierto es que el RPM se mantuvo y se ha mantenido de acuerdo al Decreto 2011 del 2012, para lo cual se tiene que al demandante efectivamente pudo haberse trasladado de régimen pensional en cualquier tiempo sin estar obviamente en la prohibición, además de ello, debe tenerse en cuenta que no fue allegado como prueba alguna gestión tendiente de la demandante a verificar la información que le fue proporcionada en 1995, sino que por el contrario decidió callar, quedarse sin ninguna posibilidad de efectuar algún tipo de solicitud para verificar la información que le fue proporcionada, sino por el contrario decidió permanecer en el RAIS por un término superior veintidós dos (22) años ratificando, además su voluntad de permanecer en el mismo régimen efectuando un traslado entre el mismo régimen en mayo de 1997, entonces, de esta manera también se puede evidenciar que la señora demandante conocía las características y particularidades naturales del régimen de ahorro individual. Además de ello, debe ser tenido en cuenta que si bien, la señora demandante tuvo la posibilidad de hacer algún tipo de solicitud tendiente a que se le aclarara algún tipo de duda, lo cierto es que de acuerdo al testimonio rendido por la señora Elizabeth Aristizabal, de la misma manera se pudo verificar que hubo repetidas asesorías para lo cual ella pudo tener la oportunidad de absolver las dudas que tenía en ese entonces y verificar como lo dije con antelación la información proporcionada en el momento del traslado del régimen pensional, si no fuese así, así mismo debe de tenerse en cuenta la publicada de la norma, pues de ello se predica que todas las personas podemos acceder a la normatividad y en este caso en particular se tiene que toda la normatividad del Sistema de Seguridad Social es pública, entonces efectivamente la señora demandante pudo haber accedido a dicha información de manera voluntaria y tampoco lo hizo de esta manera. Además de ello, debe indicar esta apoderado en lo que respecta a la pensión de vejez aquí concedida, no se le otorgó la posibilidad a mi representada para efectuar un estudio pensional y definitivamente comprobar y corroborar si efectivamente a la señora se le mantuvo el régimen de transición puesto que también es derecho de COLPENSIONES efectuar un estudio correspondiente, derecho que efectivamente en esta instancia le fue negada, entonces en ese sentido solicito a los honorables magistrados tengan en cuenta la documental e interrogatorio absuelto por parte de la señora demandante con el único propósito que sea valorado nuevamente y con el fin de la revocatoria total de la sentencia proferida en ésta instancia. Muchas Gracias".

traslado de régimen, pues no tenía una expectativa legítima o un derecho adquirido para ese momento y su derecho pensional se fue cimentado después de la migración, por lo que estima que era la demandante la que tenía la carga de demostrar el engaño o error en el que pudieron incurrir los fondos privados. Además, manifiesta que la información suministrada se encuentra contenida en el formulario de la afiliación que la actora suscribió, que en los años 2013, 2014 y 2015 PROTECCIÓN le realizó proyecciones pensionales a la afiliada, y que en el momento en el que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, le suministraron información sobre las modalidades pensionales, y advirtió que no tuvo injerencia en el acto de traslado de COLFONDOS a COLMENA, y si bien en el año 2012 fue absorbida por PROTECCIÓN, no se le puede imputar ninguna irregularidad u omisión a esta última administradora. Por esto último, pide que en caso de que se confirme la decisión dictada en primera instancia, se revoque la condena a devolver los gastos de administración y las costas del proceso (CD 3, minuto 56:14)[2].

---

[2] *"Gracias señora Juez. En esta oportunidad me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de emitir su despacho, con el propósito que el Tribunal la revoque y en su lugar absuelva a mi mandante de las súplicas de la demanda. Mi inconformidad estriba en no compartir el criterio que acaba de aplicar el despacho para la solución del conflicto, porque la señora ahora demandante no era a 1° de abril de 1994, no tenía una expectativa legítima pensional, y si no tenía un número de semanas que le permitiera prever la posibilidad de un daño, puesto que entre el momento en que la señora migró del RPM al RAIS, hasta la fecha, transcurrió un número considerable de años que fueron los que fueron cimentando el derecho que luego adquiriera y que la sitúa hoy en posición de tener una ambición pensional. Pero ha transcurrido todo ese tiempo, que fue el cimiento de la vocación o de su derecho que era lo que no tenía en aquel momento cuando hizo la migración. Eso me lleva a dos cosas. La primera, no se trata de discriminación, ni se trata de desigualdad ni cosas por el estilo, no, sino que aún en el derecho no puede tratarse lo mismo a una persona que tiene una expectativa legítima o que tiene un derecho adquirido que ella otra que no lo tiene, porque de todas manera eso no es que sea desigualdad sino simple y llanamente exigencias de la ley, y la ley no está hecha para poner en desigualdad a las personas. La interpretación jurisprudencial tampoco está hecha para poner en desigualdad a las personas. La primera para facilitar la convivencia pacífica y la segunda para ampliar los parámetros o la expectativa dentro de las cuales se mueven las ambiciones de cada persona, de forma tal que no es eso. Y la segunda cuestión a la que me lleva es al punto de la prueba, porque si la persona no está en el régimen de transición por esa razón específica, no puede cobijarse por los beneficios de las jurisprudencias posteriores entre otras cosas, no obstante que sea un asunto de tracto sucesivo, pero son exigencias posteriores a la celebración del negocio, y no puede la persona entonces pretender cobijarse de estas puesto que la carga de la prueba se mantiene estática. Esto que trajo la jurisprudencia fue una excepción a la modalidad genérica de lo que es la carga de la prueba hoy consignada*

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

---

en el CGP que viene de vieja data por supuesto, pero la volteó si puedo decirlo así a las administradoras, cuando se trataba de una persona que tenía una expectativa legítima. Luego, en lo no regulado ha de entenderse que se ciñe la regla general que es la estaticidad de la carga de la prueba, aquí qué había qué demostrar, dónde estuvo el engaño o dónde estuvo la conducta torticera por así decirlo de las administradoras para conducirla a un error. No lo hubo, simple y llanamente en el momento se cumplió con la ley puesto que se brindó la información que estaba recogida en los formularios que es lo que dice la Ley 100 de 1993, lo demás no son sino cuestiones jurisprudenciales. Ahora, que en el año 1994 existía el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, eso es indiscutible ahí estaba, como también es indiscutible y el código Civil existe desde 1873, y que así como se aplica la norma 1764 del C.C. para lo que conviene a la persona demandante, también deben aplicarse las normas que en materia de negocios jurídico habla de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, y que los vicios del consentimiento se traducen en error, fuerza o dolo, le correspondía a la persona haberlos demostrado o por lo menos haber demostrado su diligencia y su cuidado, pero no hay ninguna prueba en la demanda de que la señora hubiera por lo menos preguntado en PROTECCIÓN qué ocurrió. Al contrario, lo que sí hay fueron proyecciones pensionales realizadas en los años 13, 14 y 15. Ahí están documentos en el acápite de las pruebas, y en el 5.70 la señora solicitó pensión, y allí se le explicaron las distintas modalidades de la pensión, era el momento preciso para explicarle, porque el momento preciso en el punto categórico de PTOTECCIÓN. Por una razón técnica, porque la señora realmente se trasladó de manera horizontal de COLFONDOS fue a COLMENA, no a PROTECCIÓN, y COLMENA era una sociedad anónima diferente a PROTECCIÓN. Más aún pasó de ser COLMENA a convertirse a SANTANDER, de SANTANDER pasó a convertirse a ING, y a ING fue absorbida por PROTECCIÓN en el 2012, por lo que no tenía velas en este entierro. No hubo ninguna irregularidad o una falta, PROTECCIÓN no incurrió realmente en ninguna falta por lo que me lleva de contera al tema de la condena en costas y al tema de la devolución de gastos de administración, porque PROTECCIÓN no violó la ley sino que están sancionándola hoy con base en una jurisprudencia. Si PROTECCIÓN no intervino directamente en lo que fue el traslado de la señora, si no violó la ley, porqué tiene que devolver los gastos de administración, porque de lo contrario le cuidó el patrimonio por muchos años, bien o mal, pero son las características de la ley, y la ley no puede ser desconocida por ninguna persona (…) Los gastos de administración están legítimamente causados (…)".

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 la demandante se afilió al fondo privado de pensiones

tenía 39 años de edad y 333 semanas cotizadas[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 (la demandante tenía 4 años, 9 meses y 21 días de cotizaciones para el 1° de abril de 1994[4]), y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad de pensión (tenía 61 años de edad – ver páginas 53 y 89 del expediente digital unificado).

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 se pronunció en las sentencias proferidas el 20 de enero, 10 de marzo, 5 y 26 de mayo de 2021, dentro de los procesos de tutela con radicado No. 61722 (STL 534-2021), 62348 (STL3354-2021), 62912 (STL5075-2021) y 63152 (STL6807-2021), en las cuales se remitió a las decisiones SL31989-2008, SL 31314-2008, SL 33083-2011, SL 12136-2014, SL9447-2017, SL 4989-2018, SL1452-2019, SL 1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019. Además, en las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 le asignó el carácter obligatorio a su precedente en la materia[5].

---

[3] Ver historia laboral actualizada allegada por la demandante y por COLPENSIONES (ver páginas 31 y 163 del expediente digital unificado).
[4] Ibídem.
[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".*

La Corte considera que las AFP´s han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *"(…) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias*». Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. 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 que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, el Tribunal debe confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS no probó haberle brindado toda la información 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 27 de noviembre de 1995 – pp 258 del expediente digital unificado), 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 la Sala Laboral de la Corte Suprema, 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".* Las pruebas practicadas en el proceso no dan cuenta de que la información haya sido brindada en los términos establecidos en la Corte, pues contrario a ello, la testigo ELIZABETH BETANCOURT ARISTIZÁBAL (ex compañera de trabajo de la actora – audio 1) indicó que estuvo presente en la asesoría grupal que le suministró los asesores comerciales de la AFP COLFONDOS a la actora y otros trabajadores de la empresa ACESCO S.A., y afirmó que los asesores comerciales del fondo no le dieron información sobre beneficios y/o desventajas de los fondos privados, y por el contrario les insistieron que el ISS se iba a acabar, razón por la cual la demandante, la testigo y otros trabajadores de la empresa decidieron trasladarse de régimen pensional.

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

traslados entre fondos pensionales; la afiliación inicial operó en noviembre de 1995 a COLFONDOS S.A., y posteriormente, se trasladó a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN, en el mes de mayo del año 1997, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada (ver página 51 y 258 del expediente digital unificado).

Se debe advertir, en atención al cambio jurisprudencial plasmado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 373-2021 según el cual no procede la declaración de ineficacia del traslado de quienes tienen el estatus de pensionados, que el representante legal de la AFP PROTECCIÓN en su interrogatorio de parte confesó que aunque la demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la prestación dicho el trámite no pudo concluir por incumplimiento en la presentación de todos los documentos requeridos (interrogatorio de parte practicado en la primera audiencia – audio No. 1), por lo cual la demandante no tiene aún el estatus de pensionada del RAIS.

Se confirmará también la decisión de primera instancia en cuanto dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. (fondo privado se fusionó con ING, grupo que adquirió a SANTANDER, DAVIVIR y COLMENA) la devolución de la totalidad de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante, sin que haya lugar a que sobre dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración, pues así lo establece la Sala Laboral de la Corte Suprema en el precedente que se está siguiendo (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES*" (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO);

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES todos los aspectos desfavorables de la decisión de primera instancia, el Tribunal: (i) adicionará la decisión para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones; y (ii) se revocará la providencia en cuanto CONDENÓ a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990, pues esta entidad tendrá a cargo la obligación pensional de la demandante desde cuando se haga efectiva la anulación con la devolución de los aportes que la financiarán; no se le puede endilgar a la administradora del RPM responsabilidad alguna en las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema encontró cometidas por los Fondos de Pensiones, una vez ingresen tales aportes a COLPENSIONES podrá la demandante efectuar las gestiones pertinentes al estudio, reconocimiento y pago de la prestación que le corresponde en dicho régimen.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a PROTECCIÓN 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 esta demandada (ver contestación 271 a 285 del expediente digital unificado).

COSTAS en la apelación a cargo de PROTECCIÓN 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

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, salvo el numeral CUARTO que se **REVOCA** por las razones expuestas en la parte motiva.
2. **ADICIONAR** dicha sentencia para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
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 ALFONSO CARRERA RUBIO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., HOY SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 SKANDIA S.A. y por COLPENSIONES, y para estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 20 de abril de 2021 por el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ALFONSO CARRERA RUBIO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene a SKANDIA

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual y se ordene a COLPENSIONES recibir estos valores, corregir y actualizar la historia laboral, y como pretensión subsidiaria se declare la nulidad e ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 1º de julio de 1994 y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido el 1º de diciembre de 2009, con fundamento en que fue engañado al no haberlo ilustrado sobre las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional o las diferencias con el RPM, ni le ilustraron con escenarios comparativos la mesada pensional que recibiría en ambos regímenes. Advierte que el 6 de abril de 2017 al realizarse una proyección sobre su mesada pensional resultó una mesada muy inferior a la que recibiría en el RPM y al solicitar a Colpensiones la autorización para trasladarse esta petición fue negada (ver demanda y subsanación en folios 4 a 15 y 130 a 148 del expediente).

Notificada la demanda fue con testada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la elección del régimen fue libre, voluntaria, espontánea, y sin presiones, manifiesta que el actor gozaba de plena autonomía para realizar el cambio de régimen pensional, y suscribió de manera consciente el formulario de afiliación sin vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), y que se encuentra inmerso en la prohibición legal del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones: *falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidady/o ineficacia de traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó al artículo 48 de la Constutución Política de Colombia, inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripcón, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica.* (ver contestación en folios 152 a 171 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación efectuada por el actor se hizo sin vicios del consentimiento y en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régime, y que el no cumplimiento de las expectativas económicas no constituye un engaño o mala información pues el monto de la pensión en el RAIS fue ligado por el legislador a estaba sometido a situaciones económicas y a cambios normativos como la resolución 1555 de 2010 (tablas de mortalidad) y la resolución 3099 de 2015 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fórmulas para calcular el capital). Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la FAP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, la prima de seguro cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 200 a 209 del expediente).

Igualmente contestó la demanda SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante apoderado. Manifestó en la mayoría del escrito de contestación *"no allanarse ni oponerse"*, con el argumento de que la pretensión va dirigida contra una persona jurídica diferente y no es posible emitir pronunciamiento alguno. Indicó que el traslado entre fondos se encuentra regulado en la ley, y desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó el traslado del actor. Manifiesta que el demandante se encuentra afiliado a un *fondo alternativo* que tiene una regulación normativa especial contenida en el artículo 87 y 107 de la Ley 100 de 1993, que impiden el traslado al RPM y al plan básico de ahorro individual, pues sólo se puede efectuar entre sociedades administradoras que cuenten con planes alternativos de pensiones y éstos no los maneja COLPENSIONES (ver contestación en folios 138 a 143 del expediente- error en la foliatura).

Terminó la primera instancia con sentencia del 20 de abril 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 NULIDAD o INEFICACIA DE LA AFILIACION que hiciera el demandante Alfonso Carrera Rubio al RAIS que en su caso administran las AFP PROTECCION SA, para tenerla válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES.SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías OLD MUTUAL SA a trasladar COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración y comisiones.TERCERO: ORDENAR a OLD MUTUAL SA y PROTECCION SA a cancelar la diferencias que llegasen a resultar de entre lo ahorrado el RAIS y su equivalente en el régimen de prima media con prestación definida si fuere el caso, los cuales serán asumidos por el propio patrimonio, incluidos los gastos, cuotas de administración y comisiones, debidamente indexadas para tal efecto se conmina a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, para que realice las gestiones necesarias para obtener el pago de dichas sumas si a esto hubiese lugar. CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, aceptar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas. SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.SEPTIMO: SIN LUGAR a costas. OCTAVO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a favor de COLPENSIONES. " (CD 3 MINUTO 55:11).*

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que las pretensiones principales de la demanda de trasladar a COLPENSIONES los dineros que se encontraban en el *fondo alternativo* no estaban llamadas a prosperar teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.32.1.1.3 del Decreto

2555 de 2010 que limita la ***Movilidad entre planes alternativos*** *(“En desarrollo de los artículos 87 y 107 de la Ley 100 de 1993, los afiliados a los planes alternativos tendrán derecho a cambiarse a otro plan alternativo, cualquiera sea la entidad administradora o entidad aseguradora de vida que lo administre, sin exceder de una vez por semestre, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de 30 días calendario de anticipación”),* pues COLPENSIONES no tiene un fondo alternativo. Concedió la pretensión subisididaria y declaró la ineficacia de traslado al no encontrar probado que PROTECCIÓN S.A. hubiera suministrado al demandante asesoría suficiente, amplia, concreta, detallada y oportuna en el momento del traslado de régimen pensional sobre las consecuencias de dicho traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES S.A. su apoderada aduce que el demandante siendo una persona completamente capaz efectuó su afiliación de forma libre y voluntaria lo que quedó probado en el interrogatorio de parte en el cual confesó que la inconformidad no era por vicio del consentimiento sino por su mesada pensional en el RAIS, situación que no vicia ni genera ineficacia en el acto jurídico del traslado. Considera que no es viable exigir a los fondos pruebas escritas de la información brindada en el momento del trasaldo del demandante pues en el año 1994 sólo se debía manifestar la voluntad con la suscripción del formulario (CD 3 MINUTO 56:33[1]).

---

[1] *“Si señor Juez, manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la decisión que se acaba de proferir con el fin de que el Tribunal revoque en su integridad la sentencia de primera instancia conforme a los siguientes argumentos, si bien es cierto que el precedente de la Corte Suprema de Justicia ha de ser seguido por los jueces de instancia también lo es que los jueces de instancia deben hacer un análisis concreto de los casos que se ponen, de los casos que se analizan en la litis y no todos los casos en los cuales los afiliados que encuentran que su mesada pensional en la RAIS es inferior a su mesada pensional en Colpensiones implica que el acto jurídico del traslado sea ineficaz o tenga vicios de nulidad, ello por cuanto, en este caso el demandante de forma libre y voluntaria se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, él en su interrogatorio de parte nos manifestó que él no estaba pidiendo esta nulidad ni esta ineficacia del traslado porque en aquel momento no le hubiesen dado la información necesaria, el lo está solicitando y así lo manifestó en su interrogatorio de parte porque su mesada pensional en el RAIS es inferior a la mesada pensional que le hubiese correspondido en Colpensiones situación que no vicia y que tampoco genera ineficacia en el acto jurídico del traslado y es importante en este caso revisarse en esencia el acto jurídico como tal, porque dependiendo de ese acto jurídico es que se van a dar unas consecuencias frente a lo que surgió en el futuro, en este caso como lo manifesté el formulario de traslado de régimen que el señor Alfonso Carrera firmó no se encuentra viciado de ningún elemento que*

En el recurso de SKANDIA S.A. su apoderado aduce que el litigio no versó específicamente sobre la nulidad o la ineficacia que se pudiese predicar de la afiliación del actor, sino sobre la posiblidad de trasladar los recursos que tiene SKANDIA en un plan *alternativo de pensiones* a COLPENSIONES, razón por

---

permita declarar su ineficacia y mucho menos que permita ver una nulidad dentro de este acto jurídico, pues el señor era mayor de edad al momento de suscribirlo, era capaz legalmente, consintió el acto y así mantuvo su decisión hasta el año 2017, el no, esta acta no estuvo viciado ni de error ni de fuerza, ni de dolo, el objeto y la causa fueron lícitas y para esta época, año 1994 lo único que se exigía como requisito solemne para que se perfeccionará ese negocio jurídico era el consentimiento del afiliado, consentimiento que él dio y que en su interrogatorio parte nos manifestó que mantuvo hasta el año 2017 cuando se dio cuenta que su mesada pensional en el RAIS era inferior a la mesa pensional que le iba a corresponder en Colpensiones, el hecho de que el demandante ahora después de 27 años de estar cotizando y de estar afiliado en el RAIS se dé cuenta que posiblemente Colpensiones o el RPM le era más beneficioso no es causal de inexistencia de un acto jurídico, porque es que estos requisitos están en la ley, pues cuando el afiliado elige de forma libre y voluntaria un régimen de pensión acepta todas las condiciones y características propias que se encuentran inmersas en él, tal como lo señala el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que reglamentó la Ley 100 de 1993 y para que se declare la nulidad en este caso, la carga de la prueba la tenía el demandante para demostrar que su consentimiento estuvo viciado, situación que él no demostró. En la Ley 100 igualmente se encuentran regulados ambos regímenes, se encuentra a disposición de todas las personas, siendo una obligación del señor Alfonso Carrera no solamente quedarse con la información que decían las noticias de que Colpensiones, que el ISS en cualquier momento iba a desaparecer o que estaba en una crisis financiera, era obligación de él cerciorarse, asesorarse de qué era lo que realmente estaba pasando y que era lo que realmente iba a suceder si él se traslada de un régimen a otro, pudo haber leído la Ley 100, pudo haberse acercado a alguna de las administradoras de pensiones ya fuera del ISS en ese momento, o ya fuera del RAIS, sin embargo no lo hizo, sólo lo hizo 23 años después de haber ejercido ese traslado, cuando ya se encontraba dentro de unas prohibiciones legales y cuando era necesario por parte del sistema salvaguardar el principio constitucional de la sostenibilidad financiera, pues no ya no le era posible regresar al RPM y por ende, él debe asumir las consecuencias de su elección, al ser totalmente válida su afiliación al RAIS, en este caso el traslado del RPM al RAIS por parte del afiliado su efectuó del primero de julio 1994, data en la cual los fondos de pensiones sólo tenía la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realizarán, de suerte que les permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado conforme al Decreto 668 de 1993, por ende, es bajo este supuesto jurídico que debe validarse el actuar de las AFP pues era el vigente para el momento del traslado así las cosas para el año 1994, data del traslado el artículo 13 de la ley 100 de 1993 señalaba en su literal B la selección d, abro "la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos en el artículo anterior, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, es decir que la obligación de los fondos en 1994 era solamente que el señor manifestara su voluntad libre y voluntaria por escrito, prueba que se encuentra dentro del expediente con el formulario de traslado allegado, así las cosas, para esa fecha los fondos de pensiones solamente cuenta con el consentimiento vertido en el formulario pues eso era lo que les exigía la ley 100 por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no le exigía nada diferente al documento afiliación, donde constaba la plena intención de permanecer en el régimen de ahorro individual, por lo tanto, no es adecuado o pertinente exigirle que los fondos ahora presenten información como un paralelo entre ambos regímenes o como una proyección de la mesada pensional que le hubiese podido dar en un régimen u en otro, cuando esta es una obligación que surgió sólo a partir del año 2017. Así dejó sustentado a mí recurso apelación, solicitó nuevamente al Tribunal, por favor revocar la sentencia de primera instancia y acceder a Colpensiones de todas las pretensiones de la demanda.".

la cual la sentencia es oincongruente. Afirma que en el interrogatorio de parte el actor confesó que conocía las implicaciones que se generaron por la afiliación al RAIS, y que con la decisión de primera instancia se están descomnociendo las normas que establecen la imposibilidad de traslado, inclusive al régimen obligatorio, para aquellas personas que tomaron la decisión de realizar un traslado a un *fondo alternativo* de pensiones (CD 3 MINUTO 1:04: 56[2]).

---

[2] *"Muchas gracias señoría me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia previamente dictada por su Despacho para que el honorable Tribunal de la ciudad de Bogotá resuelva sobre lo pertinente, en primer lugar es claro que la sentencia previamente dictada o se puede apreciar que en la sentencia previamente dictada la fijación del litigio y la finalización o la sentencia que se profiere respecto de las pretensiones subsidiarias, pues se presentó una incongruencia entre tal, puesto que como se manifestó en la audiencia pasada y quedó claro en el audio, la fijación del litigio en este caso no versaba específicamente sobre la nulidad o la ineficacia que se pudiese predicar de la afiliación de ...Alfonso Carrera sino que se trata efectivamente de una autorización legal que debe mediar para qué SKANDIA pensiones y cesantías S.A es la única administradora de fondos de pensiones que cuenta con un plan alternativo de pensiones, de pensiones traslade a Colpensiones las sumas de dinero, por haber hecho la solicitud el demandante previo a cumplir los 10 años determinados por la, por el artículo o establecidos en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 para realizar el cambio de régimen pensional. En consecuencia pues es claro que, en este punto o en este caso no se trata de una situación, cuyos supuestos fácticos nos permitan inferir que además de que el demandante fue mal informado al momento de la afiliación o del traslado inicial de régimen, posteriormente cuando fue a realizar algún tipo de asesoría a las administradoras de fondos de pensiones se quedó imposibilitado, motivo por el cual le tocó a acudir a la jurisdicción laboral para que autorizará su traslado, en este caso específicamente no se presentan esos mismos supuestos de hecho, sobre los cuales se ha consolidado una línea jurisprudencial de la Corte Suprema Justicia, en este caso en específico podemos apreciar por el material probatorio que cuenta el expediente que el señor Alfonso Carrera Rubio hizo la solicitud a SKANDIA pensiones y cesantías y a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones previo al haber cumplido los 10 años o antes de cumplir 10 años previos a su edad de pensión, es decir antes de los 52 años. En el año 2017 el señor Alfonso Carrera Rubio aún se encontraba o no más , más bien no se encontraba inmerso en la prohibición establecida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en consecuencia los supuestos fácticos de entrada no pueden ser analizados a la luz de esta, de esta línea jurisprudencial pues como lo manifesté previamente, ni siquiera se encuentran en las mismas características, toda vez que de acuerdo a la misma normatividad que regula el asunto los fondos alternativos de pensiones son un fondo de capitalización como su nombre lo dice, alternativo en el cual el afiliado no cuenta con las mismas garantías, ni siquiera que el resto de los afiliados al fondo de pensiones obligatorias, para efectos inclusive de efectos operativos, es imposible realizar un traslado del fondo alternativo al fondo, al fondo obligatorio de pensiones por las disposiciones que a ello se consagra y por los beneficios a los cuales renuncia voluntariamente el afiliado, que en este caso es la garantía de pensión mínima y la garantía de rentabilidad mínima. En consecuencia, pues claro que además de esta situación, pues el precedente jurisprudencial no es aplicable, toda vez que en este caso se probó efectivamente a través del interrogatorio de parte cuando inclusive el señor Juez le pregunta si sabía que estaba renunciando a la garantía de pensión mínima a lo que el demandante responde que sí, es decir, él conocía las implicaciones que se generaron a través no sólo de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino a la afiliación, las implicaciones reales que iba a tener sobre su pensión, no sobre el monto, sino la manera en la que iba a ser gestionada o iba a ser capitalizada la cuenta de ahorro individual, mediante la cual iba a poder acceder a una pensión, entonces claro que esta situación, no es una situación de mala información como lo quiere hacer ver el Despacho en su providencia, se trata únicamente de una negativa por*

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

---

parte de SKANDIA pensiones y cesantías S.A y por parte del administradora de Colpensiones en cumplimiento de supuestos que están consagrados ya previamente en la norma, cómo lo mencioné en mis alegatos de conclusión, las únicas digamos, o los motivos mediante los cuales un afiliado pudiese llegar eventualmente a trasladarse a un fondo alternativo por pertenecer al régimen digamos o estar en un régimen de transición o contar con unas semanas es su historia laboral mínimas que le permitieran digamos establecer una condición como lo mencione previamente de un régimen de transición o por una disposición en este caso pues de un Juez, pero la autorización en este caso o más bien, el sentido del fallo no debió haber sido efectivamente la nulidad del traslado porque es que, en este caso, no se predica los supuestos de hecho de la Corte Suprema de Justicia, sino que en este caso específicamente lo que se está violentando o lo que se está realizando es una interpretación de lo que realmente dice la norma, que como lo mencione previamente desde el artículo 87 de la ley 100 de 1993 se decanta una cantidad de normas y decretos que ha establecido la imposibilidad de trasladar inclusive al régimen obligatorio aquellas personas que tomaron la decisión de realizar un traslado al fondo alternativo de pensiones, que para este caso consecuencialmente y lastimosamente SKANDIA es el único que administra este fondo, pero aun así el señor Alfonso Carrera conocía las implicaciones pues como él mismo lo mencione previamente en el interrogatorio de parte el señor Juez le pregunta si conoce o no conoce, si le dieron a conocer que iba a renunciar a la garantía de pensión mínima a lo cual el responde que sí, en ese sentido no se trata de una decisión desinformada y no se trata que efectivamente de una decisión que estuviese precedida de un engaño, como lo hacen ver en las sentencias de nulidad, no, en este caso lo que se está analizando es un tema legal, de disposiciones normativas que ya establecieron, que ya establecieron una manera de actuar, no sólo para las administradoras sino para los afiliados, en consecuencia aquí no hay vacíos que la norma, la jurisprudencia deba ayudar a llenar y por tanto no es posible o no es posible que una vez se fija el litigio en los términos de la autorización de traslado, en la sentencia se determine fallar en contra de las administradoras con ocasión de una indebida información sobre la cual inclusive el Juez hizo la pregunta, sobre la cual el mismo o el Despacho, al Despacho se le puso de precedente que conocía que se ... encontrar un régimen de capitalización y las consecuencias además de trasladarse a una extensión de ese régimen de capitalización, qué es el fondo alternativo de pensiones, en consecuencia le solicitó al honorable Tribunal de la ciudad de Bogotá en su sala laboral que revoque el fallo previamente determinado por el Juez y en consecuencia absuelva a mi representada y a las codemandadas, toda vez que también solicitó que tenga en cuenta prueba que será aportada en el momento procesal oportuno de alegar en conclusión ante el honorable Tribunal los diferentes esfuerzos que ha realizado SKANDIA pensiones y cesantías S.A por lograr una situación en la que los afiliados que se encuentren en ese, en un plan alternativo de capitalización tengan la oportunidad de trasladarse nuevamente, sin embargo, digamos por oposición de la Superintendencia Financiera de Colombia pues es claro que dichas situaciones no se han podido presentar, en los anteriores términos dejo presentado mi recurso apelación, muchas gracias".

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 al expediente que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el

demandante tenía 29 años de edad y había cotizado 408.57 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 7 años, 9 meses y 15 días)[4], y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 54 años de edad – ver folio 38 y 127 del expediente). Además, se encontraba vinculado a un Fondo Alternativo de pensiones, lo que implicaba para él restricciones adicionales para el traslado

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 para toda la jurisdicción [5] [6]. Según dicho

---

[3] Ver historia laboral de COLPENSIONES en folio 39 y Cd del expediente administrativo.
[4] Ibídem.
[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*

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

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

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".

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 cuando se incumplen tales obligaciones se genera la ineficacia del traslado de régimen pensional que, (iv) no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* y cuya acción 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 al margen de las restricciones al traslado del actor, ocurrió la ineficacia de su vinculación inicial a la AFP PROTECCIÓN en la medida en que no se demostró que dicha AFP hubiera le brindado información suficiente 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. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que el demandante rindió en el proceso no confiesa que le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues para esa corporación los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, el deber de brindar información -en palabras de la Corte- "*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 las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, además, 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 "*saneamiento*" la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos (ver folios 145, 146, 210 a 213).

Cabe advertir que, al fijar el litigio, el juez determinó como asunto subisidiario a dilucidar en el proceso la ineficiacia de la afilación del demandante al Régimen de Ahorro Indivudiual con solidaridad (RAIS), y en consonancia con ello, la setencia apeada definió ésta materia como correspondía, después de negar la pretensión principal de devolución de los aportes que había depositado el demandante en el *fondo alternativo* de pensiones.

Como consecuencia de tal declaración procedía definir a cargo de los fondos demandados, la devolución de todos los valores que hubiesen recibido por motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

El Tribiunal conociendo en Consulta a favor de COLPENSIONES, declarará además que bien puede esta entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados dichos perjuicios en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

COSTAS de segunda instancia a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
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 DEL PILAR ROMERO PERILLA CONTRA AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. y como litisconsorte necesaria por pasiva la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

Bogotá D. C., treinta (30) días de junio 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 ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., sobre la sentencia dictada el 5 de febrero de 2021 por la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a pagar pensión de sobrevivientes en favor de MARÍA DEL PILAR ROMERO PERILLA, madre dependiente de la causante LAURA STÉFANY SERPA ROMERO.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA DEL PILAR ROMERO PERILLA presentó demanda contra AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca en su favor pensión de sobreviviente a raíz del fallecimiento de su hija, LAURA STÉFANY SERPA ROMERO, de quien dependía económicamente hasta el momento de su deceso ocurrido el 26 de febrero de 2015, junto con los reajustes, mesadas adicionales, intereses moratorios e indexación (ver demanda en folios 45 a 54 del expediente).

Notificada la demanda fue contestada por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. mediante apoderado, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que los hechos referidos en la demanda corresponden a una entidad diferente, la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.- Propuso como excepciones: *la falta de legitimación en la causa por pasiva*, *cobro de lo no debido*, *buena fe* y *genérica* (folios 77 a 89 del expediente)

Mediante auto dictado el 24 de septiembre de 2018 el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá vinculó a la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. como litisconsorte necesaria de la parte demandada (folio 90 del expediente).

Notificada la demanda a la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. la contestó mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante no acreditó el requisito de dependencia económica establecido en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, pues se encontraba laborando al momento del fallecimiento de la afiliada, recibía ayuda económica de su hijo JEISSON EMMANUEL SERPA ROMERO, recibió el pago de un seguro de vida tomado con la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A., y es beneficiaria de otro seguro de vida con EQUIDAD SEGUROS S.A. Propuso como excepciones: *la falta de legitimación en la causa por activa – ausencia de derecho en cabeza de la* demandante, inexistencia *de la obligación*, *buena fe*, *prescripción* y *genérica* (folios 121 a 132 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 5 de febrero de 2021, a través de la cual la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a reconocer y pagar a favor de MARÍA DEL PILAR ROMERO PERILLA madre dependiente de la causante, la pensión de sobrevivientes producto del deceso de la afiliada LAURA STÉFANY SERPA ROMERO. La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA*

S.A. a reconocer y pagar a la demandante MARÍA DEL PILAR ROMERO PERILLA,, la pensión de sobrevivientes, 13 mesadas al año, a partir del 26 de febrero de 2015, conforme lo establecido en el literal a del artículo 5 de la ley 1562 de 2012, aplicando una tasa de reemplazo del 75% y teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación el promedio de los 6 meses anteriores a la ocurrencia del accidente o fracción de meses si el tiempo laborado en la empresa fue inferior a la base de cotización declarada o inscrita en la entidad de riesgos laborales, sin que ese valor pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. SEGUNDO: CONDENAR a ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., a reconocer y pagar a favor de la demandante, el retroactivo de las mesadas pensionales causadas, desde el 26 de febrero de 2015. TERCERO: CONDENAR a ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A a reconocer y pagar a favor de la señora MARÍA DEL PILAR ROMERO PERILLA, los intereses moratorios previstos ene l art. 95 del Decreto 1295 de 1994, que se liquidarán a partir del 8 de marzo de 2016 en adelante y hasta que se verifique el pago de las mesadas pensionales retroactivas, al a tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, para el período correspondiente al momento en que se efectúa el pago, por lo considerado. CUARTO: AUTORIZAR a la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a realizar los descuentos por concepto de cotización al Sistema General de Salud y girarlo a la EPS de preferencia de la demandante, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta decisión. QUINTO: ABSOLVER a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas e su contra. SEXTO: DECLARAR probada la excepción propuesta por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. SEXTO: DECLARAR probada la excepción propuesta por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. de "FALTA DE LIQUITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA" por las razones expuestas y se releva del estudio de las demás. SÉPTIMO: COSTAS Lo serán a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a $3.000.000, de acuerdo con lo considerado." (CD 3, audiencia virtual, minuto 16:56).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia encontró acreditada la condición de beneficiaria de la demandante, como madre dependiente de LAURA STÉFANY SERPA ROMERO. Advirtió que la contribución que aportaba el hermano de la causante, JEISSON EMMANUEL SERPA ROMERO era mínima y correspondía a sus propios gastos en el hogar y conforme a las declaraciones de los testigos evidenció que la causante cubría los gastos de su madre quien no recibía ingresos adicionales para la fecha del deceso.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. pide que se revoque la sentencia de primera instancia. De forma subsidiaria, que se modifique la fecha a partir de la cual se harían exigibles los intereses moratorios. Aduce que no se logró acreditar con certeza el requisito de dependencia económica de la demandante para la fecha del fallecimiento, pues los testimonios de la parte actora no acreditan quién se hacía cargo de los gastos del hogar, además se demostró (i) que el otro hijo de la demandante pagaba los servicios públicos, (ii) que la demandante cotizaba a la EPS FAMISANAR S.A. para le época del fallecimiento, (iii) que la demandante pagaba los elementos de seguridad de la causante, y según reportes de las centrales de riesgo adquirió productos financieros con posterioridad al fallecimiento, lo que permite inferir que contaba con buena capacidad económica, y (vi) que los gastos propios de la causante le impedían cubrir las necesidades de su madre. De todas formas, considera improcedente el reconocimiento de intereses moratorios con anterioridad a la presentación de la demanda o de la sentencia, pues sólo al trámite judicial se allegaron medios probatorios que darían cuenta de la alegada dependencia económica (CD 3, audiencia virtual parte 2, minuto 19:29)[1].

---

[1] *"Señoría, muchísimas gracias por la participación que me concede. Pues la parte demandada sí desea interponer recurso de apelación contra la sentencia aquí proferida, pues observando primero que de acuerdo al estudio que se ha hecho desde esta parte del material probatorio, pues no se ajusta con el fallo aquí proferido, atendiendo a que se están prácticamente accediendo desde ciertos indicios. ¿Cuáles indicios? Como el asunto de los testimonios, de la*

cercanía y de la solidaridad cuando son aspectos pues que, no son relevantes desde este tipo de… de juicios, pues atendiendo a los supuestos fácticos que se tienen en esta norma, pues considerando la imparcialidad que se ha venido desarrollando desde los alegatos de conclusión y también solicito que se tengan en cuenta los alegatos de conclusión presentados, pues por el despliegue probatorio que se ha realizado. ¿y por qué? Porque del asunto de vivir con la demandante y el asunto de los beneficios económicos que se podían tener con posterioridad al fallo, son bastante relevantes, más atendiendo a las circunstancias contradictorias que han presentado los testigos con el hijo de la señora, más por decir que ella nunca salía, por el hecho de decir que ella no tenía otros gastos, por el hecho de decir que ella era quien compraba la ropa, no más por el hecho de decir que ella era quien alimentaba, pues cuando son circunstancias que no le constaban, más cuando la única manifestación que hicieron fue el asunto de decir que se compraba ropa muy esporádicamente y el hijo, como se manifestó en los alegatos de conclusión, manifestó pues, de manera certera, que era muy raro que se comprara no más, el hecho mismo de que la señora sí tenía su propia… el asunto de que el hijo participara de los gastos de la casa, sí me parece muy relevante, no era esporádico o parciales, como manifiesta el despacho, pues él manifestaba que sí ayudaba con los servicios y extrañamente o rara vez, como bien es cierto, se manifestaba que trabajaba… el asunto del servicio del internet. Y son circunstancias bastante interesantes ¿por qué? Porque aquí basándonos en la jurisprudencia, uno dice que la dependencia puede ser total; sin embargo aquí la parcial tampoco… ¿por qué? Porque miramos también el asunto de la EPS y volviendo un poco a ese certificado de la EPS, creo que el certificado de la EPS no demuestra un único pago en el 2014. Lo que sucede es que ahí están evidenciando un pago del 2014, pero no están evidenciando los pagos totales, porque incluso ese certificado es expedido en agosto de 2015 y ahí dice que ella duró afiliada en ese sistema de seguridad social, bueno, en esa EPS, hasta mayo de 2015, entonces creo que ahí esa parte ya es una cuestión de interpretación del documento, porque el documento no está refiriendo el único pago que se hizo, sino un pago que se realizó durante ese período que está ahí descrito encima de la tabla, se puede evidenciar en ese folio. Ahora bien, en relación con los supuestos fácticos, pues debemos de todas maneras recordar que en los con…tratos lo más importante y lo que se debe tener en cuenta es el asunto de los siniestros. ¿Y el siniestro qué es? No es más que la manifestación de la cuantía, porque el hech… de que sea una laboral no significa que se despegue (sic) si el contrato de seguro… nos manifiesta que acceder… ahí me escuchan, qué pena…Muchísimas gracias, señoría. Estaba manifestando yo, que el contrato de, los contratos de seguridad social no dejan de separarsen (sic) en sí del contrato de seguro, y en el contrato de seguro lo que tienen que hacer las partes o la parte interesada o quien se considere beneficiario dentro del contrato de seguro, es demostrar los supuestos fácticos o la cuantificación de los daños, que es como establece el Código de Comercio; sin embargo, cuando se hizo la solicitud por parte del demandante (sic) de la pensión, debe tenerse en cuenta que para ese momento no demostraron y por eso fue precisamente que se ha negado y se continúa negando la solicitud de pensión, porque no se demostraron los supuestos fácticos de dependencia y eso es un asunto trascendental desde la misma legislación desde el contrato de seguro y, en el presente asunto, aparte de que no se demostró en el presente caso, pues la dependencia económica, debe considerarse que subsidiariamente, sólo hasta el juicio, solamente hasta el juicio fue que se vino a demostrar, subsidiariamente repito, se está, se está acotando esta situación, se vino a demostrar el asunto de la dependencia económica. Por lo tanto, los intereses de mora y todas las condenas que se han tenido aquí en cuenta en la parte resolutiva de la sentencia, deben tenerse en cuenta desde el momento, se repite, subsidiariamente, desde el momento de presentación de la demanda, pues ante la aseguradora nunca se presentaron los elementos que aquí se ahora se pretenden alegar en juicio, por lo tanto los intereses de mora no deben correr desde la solicitud, sino que deben correr desde el acaecimiento del presente juicio. Por lo tanto y pues atendiendo a las conclusiones que estoy aquí manifestando, sí se debe tener en cuenta este efecto con el material probatorio obrante dentro del proceso y que para esta parte no comparte la parte resolutiva de la sentencia, como quiera que no… tuvieron en cuenta pues todos los aspectos que se han alegado con el material probatorio allegado, con las manifestaciones del hijo, con que él sí ayudaba y la parte de la dependencia parcial, pues tampoco se comparte, pues… otra acotación aparte del asunto de la EPS es el asunto de los reportes que se tienen de… pues de las centrales de riesgo, a pesar de que no hay certeza de las… de los productos

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes al proceso: (i) que LAURA STÉFANY SERPA ROMERO falleció el 26 de febrero de 2015 (este hecho se acredita además con el registro civil de defunción – ver folio 7 del expediente), momento para el cual se encontraba afiliada por riesgos profesionales a la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.; (ii) que para la fecha de la muerte no tenía hijos, cónyuge o compañero permanente (ver respuesta del 8 de enero de 2016, en folios 8 a 11); y, (iii) que LAURA STÉFANY SERPA ROMERO, quien nació el 18 de septiembre de 1991, es hija de MARÍA DEL PILAR ROMERO PERILLA (ver registro civil de nacimiento a folio 5).

El Tribunal debe definir si la demandante acreditó o no los requisitos dispuestos en la Ley para acceder a pensión de sobrevivencia por la muerte de su madre.

---

financieros que se adquirieron allá, sí hay certeza de que los adquirió, entonces esa es una situación que tiene bastante relevancia, porque las entidades financieras hacen un estudio del crédito y de la capacidad de pago que tiene una persona y aun así se entregaron las 3, los 3 productos financieros que se mencionaron en los alegatos de conclusión, que es uno en el año 2017, otro el 30 de julio de 2019, con el Banco Davivienda y otro el 29 de julio de 2019 con el Banco Scotiabank, por lo tanto la demandante sí ha tenido cómo sostenerse económicamente. Y el otro aspecto que no se tuvo en cuenta en la sentencia, es el asunto de que incluso la demandante era quien pagaba los útiles o los elementos de seguridad de la demandada (sic) y eso es una situación que no se tuvo en cuenta, y pues me parece a mí bastante relevante, porque ahí lo que está demostrando es lo inverso, la situación inversa ¿por qué? ¿por qué una situación inversa? Porque, cómo se repite, Laura pagaba la Universidad, no tenía un crédito, pero eso no significa que no tuviera un crédito, sino que se lo pagaba directamente a la Universidad por plazos, eso es a lo que hace referencia la Universidad, pagaba la Universidad por… por plazos, tenía los gastos de Universidad, que por cierto es una situación que la demandante dice que desconocía y eso es una situación bastante importante dentro de los ingresos que se deben tener en cuenta. El asunto del mercado, el asunto del mercado no nos…no nos da constancia de que la acompañaron a hacer mercado o quién era el que pagaba realmente, más si tenemos en cuenta la certificación de la EPS que nos dice que hasta mayo de 2015 pues aparece la cotización. El asunto de los servicios, los pagaba el hijo. El asunto de las… sistemas de ahorro, que eran las cadenas, eso es una situación bastante importante que se deben (sic) descontar de los salarios. Las supuestas tarjetas de crédito que pagaba ella para esa época, las salidas con las amigas, la ropa de la mamá, los descuentos en promedio era responsabilidad del 25% que tiene una persona. Todos esos son varios como indicios que nos llevan a pensar que ella solamente podría tener gastos para ella misma y la señora también debió aportar en esa época para los gastos de la casa. Y pues en estos términos yo dejo sentado (sic) mi apelación contra sentencia por este defecto… en el material probatorio y el asunto de probar hasta el juicio, subsidiariamente el hecho de la dependencia económica. Señoría. Muchísimas gracias por la participación que me ha concedido y muchísimas gracias a los asistentes."

La norma aplicable para resolver la controversia, por haberse cumplido los supuestos que contempla en la fecha que murió la afiliada, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, cuyo literal D dispone que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijo con derecho, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los padres del afiliado si dependían económicamente de éste.

Sobre ésta última condición, que encontró probada la sentencia de primera instancia, se ha pronunciado reiteradamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para definir que la dependencia económica implica que el aporte del hijo sea necesario para la subsistencia de sus padres, lo que bien puede ocurrir, aunque éstos reciban ingresos propios o no se destine la totalidad de los recursos del hijo a la manutención de sus progenitores.

Por ello la situación de dependencia de los padres debe ser definida en cada caso particular, determinando "*si los ingresos que perciben –sin contar el aporte que hacía el hijo- son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento y necesidades básicas"* (SL 4025 del 2018, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo)[2].

En el mismo sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006 distinguió la dependencia económica, como condición para causar el derecho a pensión de sobrevivientes, de la simple ayuda o contribución que los hijos

---

[2] Criterio que ha sido reiterado por la Corte de antaño. La sentencia dictada el 11 de mayo de 2004, con radicación No. 22.132, M.P. Carlos Isaac Nader, dice: "*[Para] la Sala es claro que (...) el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (...), en modo alguno consagra que la dependencia económica de los padres frente a los hijos, que da lugar a la pensión de sobrevivientes, tenga que ser absoluta y total. Razonamiento que por demás, tampoco ha avalado la Corte, pues lo que se ha dicho es que en ausencia de enunciado legal que defina el concepto de dependencia económica, luego de la suspensión y posterior nulidad del artículo 16 del Decreto 1889 de 1994 que sí la definía, este enunciado debe asumirse en su sentido natural y obvio, es decir, con la connotación de estar subordinado a una persona o cosa, o necesitar una persona del auxilio o protección de otra (...) Esa acepción de dependencia económica según ha sido concebida por la Corte bajo el presupuesto de la subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para subsistir, no descarta que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente"*

otorgan a sus padres, advirtiendo que "*la dependencia económica no siempre es total y absoluta (…) la misma responde a un juicio de autosuficiencia, que en aras de proteger los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, admite matices, dependiendo de la situación personal en que se encuentre cada beneficiario*"[3]. Sobre la materia se ha pronunciado también la Corte Constitucional en sede de tutela (sentencia T-456 de 2016).

En este orden de ideas, para demostrar dependencia económica resulta indispensable conocer el presupuesto habitual del núcleo familiar del beneficiario en el momento del óbito, y constatar que los gastos de dicho presupuesto se financiaban, en todo o en parte, con aportes que hacía el hijo en vida. Si ello se demuestra se debe otorgar la prestación.

---

[3] Sentencia C-111 de febrero 22 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil: *"Por lo anterior, la dependencia económica ha sido entendida como la falta de condiciones materiales que les permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, suministrarse para sí mismos su propia subsistencia, entendida ésta, en términos reales y no con asignaciones o recursos meramente formales.*

De lo expuesto se concluye que la dependencia económica supone un criterio de necesidad, esto es, de sometimiento o sujeción al auxilio recibido de parte del causante, de manera que el mismo se convierta en imprescindible para asegurar la subsistencia de quien, como los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida pueden requerir dicha ayuda en calidad de beneficiarios. Por ello la dependencia económica no siempre es total y absoluta como lo prevé el legislador en la disposición acusada. Por el contrario, la misma responde a un juicio de autosuficiencia, que en aras de proteger los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, admite varios matices, dependiendo de la situación personal en que se encuentre cada beneficiario.

Así las cosas, es claro que el criterio de dependencia económica tal como ha sido concebido por esta Corporación, si bien tiene como presupuesto la subordinación de la padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para subsistir, no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, vale decir, haga desaparecer la relación de subordinación que fundamenta la citada prestación.

En este orden de ideas, a juicio de la Corte, al exigir la disposición acusada la demostración de una dependencia económica "total y absoluta", establece una hipótesis extrema que termina por hacer nugatoria la posibilidad que tienen los padres del causante de acceder a la pensión de sobrevivientes, lo que desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, pues indudablemente sacrifica derechos de mayor entidad, como los del mínimo vital y el respeto a la dignidad humana y los principios constitucionales de solidaridad y protección integral a la familia."

Con estas premisas normativas y una vez revisada la evidencia del expediente la Sala confirmará la decisión que en primera instancia que reconoció el derecho a favor de MARÍA DEL PILAR ROMERO PERILLA, pues en esta persona se demostraron las condiciones que dan acceso a la pensión que reclama: se probó dependencia económica frente a su hija fallecida en los términos de la jurisprudencia referida.

Ello se evidencia de los testimonios que rindieron ANA ARALIX BERDUDO ESTUPIÑÁN (Cd. 2 Min 46:33) y CHRISTIAN ELVIS CÁRDENAS CASTILLO (Cd. 2 Hora 1:23:35), quienes conocen a la actora hace 15 y 10 años, respectivamente, así como el testigo solicitado por la demandada, JEISSON EMMANUEL SERPA (Cd. 2 Hora 1:02:40), quienes afirmaron que MARÍA DEL PILAR ROMERO PERILLA, que para la fecha de la muerte tenía 49 años de edad y presentaba problemas de salud que afectaban la movilidad de sus brazos, dependía de su hija LAURA STÉFANY para el pago de los costos de sostenimiento que ascendían aproximadamente a $350.000 mensuales de arriendo y entre $150.000 y $300.000 de alimentación y vestuario, valores que pagaba la hija fallecida, pues el otro hijo, JEISSON EMMANUEL, sólo aportaba para el pago de los servicios públicos. Refieren que la demandante no laboraba ni percibía otros ingresos.

Los testigos referidos, que –destaca la Sala- fueron rendidos dentro del proceso y por ello se apreciaron en forma directa por la juez (inmediación) y pudieron ser objeto de contradicción, coinciden en sus afirmaciones y tuvieron percepción directa de los hechos dada la cercanía con la familia, o por ser parte de ella, lo que permite a la Sala certeza sobre dependencia real de la accionante frente a los recursos que aportaba en vida la hija fallecida.

Para responder a los argumentos esgrimidos en la apelación, debe advertirse que, contrario a lo señalado, no se evidenciaron inconsistencias en los testimonios los cuales dieron cuenta de que la causante se encargaba de la compra de alimentos para el hogar, pues muchas veces la acompañaron a hacer el mercado, que el otro hijo de la causante únicamente se encargaba del

pago de servicios públicos monto que en modo alguno podría cubrir todas las necesidades de la actora. Tampoco se demostró el valor de los eventuales gastos propios de LAURA STÉFANY, de ello únicamente hay constancia de los relacionados con sus estudios (ver folios 254 a 263 del expediente), y si bien los testigos declarantes mencionaron la compra de elementos de seguridad para la causante por medio de la Tarjeta de Crédito Codensa de la demandante, ello no implica que fuera la demandante quien tuviera a cargo el pago de las cuotas de dicha compra.

En similar sentido, obra la certificación de aportes realizados por MARÍA DEL PILAR ante la E.P.S. FAMISANAR S.A. (ver folio 14 del expediente) que da cuenta de un solo aporte por 15 días laborados para el mes de junio de 2014, durante el interregno de enero de 2014 a mayo de 2015, de lo cual no se pueda deducir que hubiera existido vinculación continua durante dicho periodo. Por el contrario, en la investigación adelantada por la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. se evidenció que, para la época del siniestro, en el hogar compuesto por la demandante y sus dos hijos, únicamente se encontraban laborando estos últimos (ver folio 9 del expediente). Por último, los productos financieros que habría adquirido la demandante (ver folios 315 a 316 y 334 a 336) no permiten establecer su capacidad económica para la época del siniestro, pues datan de al menos 2 años después del fallecimiento de su hija y se desconoce el monto de estos, o los estudios realizados por las entidades para otorgarlos.

No sobra recordar que, en palabras de la Corte Constitucional "*El requisito de dependencia económica exigido a los padres del fallecido, con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, no requiere ser total y absoluto respecto del causante, dado que puede ser parcial. En efecto el beneficiario puede recibir un salario mínimo, o ser acreedor de otra pensión, percibir un ingreso ocasional o incluso poseer un predio y, pese a ello, ser beneficiario de tal prestación, en el evento de que no tenga la posibilidad de ejercer una subsistencia digna sin el dinero que compone la prestación que reclama"* (sentencia T-456 de 2016), y en palabras de la Corte Suprema de

Justicia lo que se debe demostrar en el proceso es "*si los ingresos que perciben [los padres] –sin contar el aporte que hacía el hijo- son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento y necesidades básicas"* hecho que no probó la demandada.

Igualmente se confirmará la decisión que ordenó el pago de intereses de mora sobre las mesadas adeudadas, pues si bien la decisión que ordena el reconocimiento de la prestación se sustentó en los testimonios allegados a este expediente judicial, era la entidad quien tenía la carga de verificar si los requisitos de acceso a la prestación se cumplían o no y en dado caso negarla, pero con razones fundadas. Sobre esto último, no se demostró ausencia de culpa en la decisión que equivocadamente tomó en la materia y por el contrario de los razonamientos que expuso al negar el derecho en vía administrativa y de las razones de defensa que planteó a lo largo del proceso, se advierte claramente el desconocimiento de criterios jurisprudenciales que han dispuesto reiteradamente el pago de la prestación a los padres del causante aunque no exista dependencia *absoluta* del hijo fallecido, como se dijo al inicio de esta sentencia. No resulta creíble, y de todas formas era irrelevante en esta materia (intereses de mora), que los gastos necesarios para sostener el hogar de la demandante hubieran quedado a cargo del hermano supérstite (ver respuesta del 8 de enero de 2016 en folios 8 a 11)[4].

Costas de la apelación a cargo de la ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

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

---

[4] La pensión le fue negada porque, según la investigación adelantada, al momento de la muerte de la causante, ella y su hermano aportaban para los gastos del hogar, en que vivían con la demandante, y a partir del siniestro, este último quedó a cargo de tales gastos.

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

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 CECILIA ROMERO MERCHAN CONTRA COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A., SIGLA -SERDAN S.A-.

Bogotá D. C., Treinta (30) días de junio 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 la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de noviembre de 2020, en la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones sociales.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CECILIA ROMERO MERCHAN presentó demanda contra SERDAN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que el contrato de trabajo con la demandada se ejecutó entre el 9 de julio de 2016 y el 21 de julio de 2016, y se condene al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social en pensión por dicho período, indemnización por terminación unilateral del contrato, sanción por no consignación de cesantías y la sanción que regula el artículo 65 del CST. Como fundamento de lo pedido afirma que inició sus labores para la demandada el 9 de julio de 2015 por el término de tres (3) meses como operaria de aseo, devengando un s.m.m.l.v; el 1º de septiembre

de 2015 fue enviada a laborar al Ministerio de Justicia Penal Militar, y dicho contrato "*se prorrogó de la siguiente forma: Desde el 9 de octubre de 2015 al 8 de enero de 2016 (primera prórroga), desde el 9 de enero de 2016 hasta el día 8 de abril de 2016 (segunda prórroga), desde el 9 de abril de 2016 hasta el 8 de julio de 2016 (tercera prórroga) y desde el 9 de julio de 2016 hasta el 21 de julio de 2016 (cuarta prórroga".* Aduce que el 21 de julio de 2016 se dio por terminada la relación laboral sin invocar causal alguna y sin el pago de los salarios y las prestaciones sociales causadas entre el 9 y el 21 de julio de 2016 (folios 27 a 36).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por SERDAN S.A mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, y se opuso a las pretensiones afirmando que la empresa como contratista independiente tuvo relación laboral con la demandante y el contrato terminó el 8 de julio de 2016 por la expiración del plazo pactado, previo aviso entregado a la demandante. Propuso como excepciones *existencia de la relación laboral entre la demandante SERDAN S.A, inexistencia de la relación laboral entre el demandante la empresa cliente, prestación del servicio de la demandante y SERDAN S.A, no prestación del servicio del demandante a la empresa cliente Ministerio de Justicia Penal Militar, subordinación de la demandante, no subordinación de la demandante a la empresa cliente Ministerio de Justicia Penal Militar, Pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral , buena fe, inexistencia de causa para pedir, validez de la finalización del contrato laboral, compensación, genérica, libertad de empresa, prescripción y carencia de derecho por terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo acordado con previo aviso de no prorroga.* (folios 119 a 148).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de noviembre de 2020, en la cual declaró la existencia de contrato de trabajo entre el 9 y el 21 de julio de 2016 y condenó al pago de salarios y prestaciones sociales. Para tomar su decisión la juez concluyó que, pese al preaviso, la actora continuó prestando sus servicios en

el edificio de la justicia penal militar hasta el 20 de julio de 2016, por disposición del empleado. No condenó al pago de la indemnización por despido sin justa causa por falta de prueba del despido, ni al pago de indemnización moratoria pues consideró que la persona que estaba representando a la empresa y vigilaba los servicios de la actora, al tomar la decisión de que la demandante continuara prestando sus servicios como operaria de aseo después del 9 de julio de 2016, lo hizo sin el consentimiento y sin escalar la decisión con los superiores de la empresa SERDAN S.A.-

La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: declarar que entre CECILIA ROMERO MERCHAN y la compañía de servicios administraciones SERDAN S.A existió un contrato de trabajo en el período comprendido del 9 de julio de 2015 al 20 de Julio 2016 por lo considerado. SEGUNDO: Condenar a la compañía de servicios y administración SERDAN S.A.S a reconocer y pagar a la demandante CECILIA ROMERO MERCHAN siguientes sumas $275.782 pesos por concepto de salario, $25.572 pesos por concepto de cesantías, $102 pesos por concepto de intereses de cesantías, $25.572 pesos por concepto de prima de servicios y $11.491 pesos por concepto de vacaciones. TERCERO: Condenar a la compañía de servicios y administración SERDAN S.A.S a reconocer y pagar los aportes en pensión en la AFP en la que se encuentra afiliada la demandante CECILIA ROMERO MERCHAN respecto del período comprendido entre el 20 de Julio de 2016 teniendo en cuenta como salario base el mínimo legal mensual vigente. CUARTO: Declarar probada la excepción denominada en existencia causa para pedir respecto de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa y la sanción por no consignación de las cesantías y buena fe respecto de la indemnización moratoria por lo considerado. QUINTO: Absolver a la compañía de servicios y administración SERDAN S.A.S en las demás pretensiones incoadas en su contra por CECILIA ROMERO MERCHAN por lo considerado. SEXTO costas a cargo de la parte demandada fíjense como agencias en derecho la suma $25.000 pesos de acuerdo a lo considerado. (Cd 3 Min 14:40)*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante pide que le sean reconocidas las indemnizaciones por despido sin justa causa y la indemnización por falta de pago. Aduce que la demandante prestó sus servicios personales para la empresa SERDÁN hasta el 20 de julio del año 2016 con lo cual quedó prorrogado el contrato de término fijo automáticamente por un año, teniendo en cuenta que era la tercera prorroga, y por ende se debe condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa. Afirma que se debe pagar también la indemnización por falta de pago, pues la empresa tenía conocimiento de la deuda y no la pagó pese a que la demandante se acercó a las oficinas cobrar los días que había laborado (Cd 3[1] Minuto 16:31)

---

[1] *"Muchísimas gracias señora Juez, estando dentro del momento procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el Juzgado toda vez que la sentencia que se acaba de dictar, pues es para mí parecer está un poco, digamos no ajustada a la normatividad ni a la realidad toda vez que sí se logró comprobar que mi representada la señora Cecilia trabajo para la empresa, prestó sus servicios personales para la empresa Serdán, digámoslo hasta el 20 de julio del año 2016 pues es claro, que el contrato laboral automáticamente quedó renovado, cierto, como lo dice el artículo 46 del Código Sustantivo de Trabajo, si bien es cierto se presentó una carta con antelación de 30 días, en la que daban un aviso terminación de contrato ,este oficio de terminación de contrato era para el contrato, si terminaba el 8 de julio del mismo año, pero como vemos y cómo quedó también probado en el proceso y como la Juez lo acaba de ratificar este contrato siguió hasta el 20 de julio del año 2016, es decir, a pesar de que existe una carta aviso, el contrato automáticamente se renueva por el término que corresponde a la ley y cómo lo dije en los en los hechos de la demanda que se interpuso, ya este contrato era la tercera prórroga que tenía, por lo tanto ya lo que le corresponde, el contrato quedó renovado por un término de un año automáticamente, ahora bien, en cuanto al pago o a la condena que esté solicitando al honorable Tribunal que se revoque la sentencia parcialmente, en cuanto específicamente el numeral cuarto, cuarto y quinto de la sentencia, es lo atinente precisamente a la indemnización por despido sin justa causa y las demás indemnizaciones a que haya lugar o a sanciones por falta de pago, quiero decirles que con fundamento en lo que acabo de decir quedó plenamente probado de que el contrato automáticamente se renovaría y no existe una justa causa para haberle terminado mi representada el contrato*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de recurso por la parte demandada las conclusiones a las que arribó la sentencia de primera instancia sobre prestación de servicios de la demandante en favor de SERDAN S.A. entre el 9 y el 20 de julio de 2016, ni sobre la remuneración pactada (salario mínimo).

---

cuando ya prestó sus servicios hasta el 20 de julio del año 2016 y la misma empresa autorizó que se fuera una calamidad doméstica, como bien también quedó probado con los dichos de la testigo y con el interrogatorio de parte que se dio a mi representada, por tanto, claro que existe, existe la obligación que el empleador pague la indemnización por despido sin justa causa, por qué ¿Cuál es el derecho? al ella regresar de su de su licencia, se debió haber continuado con el contrato, se le debió haber continuado el contrato, ya sea en esta empresa usuaria, o en cualquiera otra empresa usuaria con la que tenga contrato la entidad que está hoy siendo demandada, que está hoy siendo demandada, entonces señora Juez y en cuanto a la buena o mala fe por parte del empleador quiero decirle que el empleador, es claro, que ha obrado también de mala fe, porque, porque ni siquiera, a pesar de que mi representada como ella lo dijo se acercó a la empresa a cobrar los días por lo menos que ya había trabajado entre el 8 y el 20, tampoco se los pagaron, es decir el empleador tenía conocimiento de que se le adeudaba ese tiempo y no se lo pagó, de hecho le dijeron a usted luego se los vamos a pagar, cuando ya fue a retirar su liquidación pero hasta la fecha, nunca se lo reconocieron, nunca se los pagaron entonces la empresa tenía conocimiento y sí hubo una mala fe por parte de la empresa, es decir, si por lo menos le hubieran pagado esos días en ese momento, estoy segura que ella no hubiese iniciado esta acción judicial, pero además, al revisar el proceso e iniciar esta acción judicial, pues nos pudimos dar cuenta que se estaba viendo abocada a una terminación de un contrato sin una justa causa, en esto pues queda sentado mi recurso de apelación, solicitando nuevamente que al honorable Tribunal Sala Laboral que se revoque parcialmente la sentencia en lo atinente a los numerales cuarto y quinto, es decir, se reconozcan las indemnizaciones a que haya lugar y sanciones en contra de la entidad demandada, muchísimas gracias señora Juez."

En consonancia con el recurso propuesto por la demandante, el Tribunal debe se definir (i) si se prorrogó el contrato de trabajo de término fijo que había suscrito y si se causó o no el pago de indemnización por despido sin justa causa, y (ii) si procede el pago de indemnización moratoria por falta de pago de los salarios y prestaciones causados entre el 9 y el 20 de julio de 2016.

(i) Para lo primero el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo dispone la prorroga automática del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por tres periodos, al cabo de los cuales el término de renovación o de prórroga no puede ser inferior a un año, y autoriza a cualquiera de las partes a hacer efectivo el término de duración pactado, preavisando su intención con una antelación no inferior a 30 días.

Cuando el empleador ha preavisado en tiempo la terminación del contrato, pero éste continúa en ejecución por su propia disposición -como ocurrió en el caso bajo estudio-, la jurisprudencia ha entendido una renuncia tácita al preaviso efectuado y, por ende, la continuidad de la modalidad de término fijo que las partes venían ejecutando. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar al que se define dijo: " (…) *sí una de las partes hace uso de esa facultad legal, pero el trabajador, expirado el término, continua prestando sus servicios con anuencia de la otra, es lógico suponer que las partes decidieron dejar sin efecto la comunicación de no prórroga para que el contrato mantuviera su vigencia, pues no siempre que se comunique con la antelación debida la manifestación de no prorrogar el contrato a término fijo, éste debe inexorablemente finalizar el día en que se fenece el plazo, ya que si hay la voluntad de las partes de continuar la vinculación, como efectivamente puede suceder y sucedió en el asunto bajo examen, lo único que puede concluirse es que los sujetos contractuales decidieron seguir vinculados mediante la modalidad pactada. No puede olvidarse que al igual que en el derecho privado, pero con algunas limitaciones en el derecho del trabajo, las manifestaciones de voluntad de los sujetos del vínculo laboral pueden ser revocadas y ello es procedente, por ejemplo, cuando no se vulnere el mínimo de derechos y garantías estipuladas en la ley a favor de los trabajadores o*

éstos renuncien a beneficios que por su naturaleza son irrenunciables o se les afecten derechos ciertos e indiscutibles. Jurídicamente nada hay de ilegal, cuando mediando un contrato a término fijo el empleador comunica legalmente al asalariado su determinación de no prorrogar dicho vínculo, pero sin embargo le permite seguir normalmente con la prestación del servicio después de expirado el plazo pactado haciendo abstracción del preaviso, pues esa revocación de la manifestación de voluntad inicial es perfectamente ajustada a derecho y supone que el contrato no se terminó sino que fue prorrogado en las mismas condiciones en que venía operando, naturalmente con sujeción a la ley"[2]

Con las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales el Tribunal revocará la sentencia apelada, pues las pruebas aportadas demuestran la renovación automática del contrato y que éste términó por decisión de la demandada sin que se hubiera cumplido el plazo pactado.

Las pruebas documentales acreditan que la ejecución del contrato de trabajo a término fijo de tres (3) meses que obra en folio 82 inició el 9 de julio de 2015, que la primera prórroga terminó el 9 de enero de 2016, la segunda prórroga terminó el 9 de abril de 2016, y la tercera prórroga terminó el 9 de julio de 2016. Como pese al preaviso, la demandada permitió que continuara su ejecución,

---

[2] *CSJ, Sentencia con radicado 34106 del 19 de noviembre de 2008. M,.P Luis Javier Osorio. "No obstante, si una de las partes hace uso de esa facultad legal, pero el trabajador, expirado el término, continua prestando sus servicios con anuencia de la otra, es lógico suponer que las partes decidieron dejar sin efecto la comunicación de no prórroga para que el contrato mantuviera su vigencia, pues no siempre que se comunique con la antelación debida la manifestación de no prorrogar el contrato a término fijo, éste debe inexorablemente finalizar el día en que se fenece el plazo, ya que si hay la voluntad de las partes de continuar la vinculación, como efectivamente puede suceder y sucedió en el asunto bajo examen, lo único que puede concluirse es que los sujetos contractuales decidieron seguir vinculados mediante la modalidad pactada. No puede olvidarse que al igual que en el derecho privado, pero con algunas limitaciones en el derecho del trabajo, las manifestaciones de voluntad de los sujetos del vínculo laboral pueden ser revocadas y ello es procedente, por ejemplo, cuando no se vulnere el mínimo de derechos y garantías estipuladas en la ley a favor de los trabajadores o éstos renuncien a beneficios que por su naturaleza son irrenunciables o se les afecten derechos ciertos e indiscutibles. Jurídicamente nada hay de ilegal, cuando mediando un contrato a término fijo el empleador comunica legalmente al asalariado su determinación de no prorrogar dicho vínculo, pero sin embargo le permite seguir normalmente con la prestación del servicio después de expirado el plazo pactado haciendo abstracción del preaviso, pues esa revocación de la manifestación de voluntad inicial es perfectamente ajustada a derecho y supone que el contrato no se terminó sino que fue prorrogado en las mismas condiciones en que venía operando, naturalmente con sujeción a la ley. Luego, en situación como la que se estudia, no hay en esa actitud violación alguna de los principios protectores del trabajo humano."*

se debe entender que el contrato se prorrogó por periodos sucesivos de un año, el primero de los cuales terminaría el 9 de julio de 2017.

Además de los documentos aportados al expediente, sobre esta materia declaró ANDREA MARCELA MANIOS (CD 2 Minuto 39:41), compañera de trabajo de la demandante en Justicia Penal Militar, quien señaló que a ella (la deponente) y varias de sus compañeras de trabajo se les vencía el contrato de trabajo el 21 de julio de 2016, pero que a la actora se le vencía antes, y aseveró que estando reunidas en el trabajo, *"ELIANA PINZÓN" -jefe directa de rutina, encargada de revisar el aseo y perteneciente a la empresa SERDAN S.A.-* se acercó a la demandante y le dijo que no importaba que finalizara el contrato, que siguiera laborando, razón por la cual continuó prestando los servicios en el edificio, piso 8º, hasta cuando a la demandante se le presentó una calamidad familiar por la cual le dieron unos días, pero cuando volvió a trabajar -dice- después del 22 de julio de 2016, ya no la recibieron en la empresa.

Procedía entonces el pago de indemnización por despido sin justa causa, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 64 del CST a razón de $22.981 por cada que trascurrió entre el 21 de julio de 2016 (último día laborado) y el 9 de julio de 2017 (fecha presunta de vencimiento del contrato), es decir por 354 días, lo que arroja un saldo de $8.135.274, suma que debe pagar la demandada en forma indexada, como se solicitó en la demanda, para lo cual se aplicará la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante ($ 8.135.274) multiplicado por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE en la fecha que se haga el pago, por el índice inicial que estaba vigente en la fecha del despido.

(ii) Para resolver sobre indemnización moratoria por el no pago de los salarios y prestaciones que se causaron entre el 9 y el 20 de julio de 2016, el artículo 65 del CST dispone a cargo del empleador, como sanción, un día de salario por cada día que transcurra entre la fecha de terminación del contrato de

trabajo y la fecha de pago de los salarios y las prestaciones sociales causadas en la relación de trabajo, y si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que esta condena no opera de forma automática e inexorable pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe derivada del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas aunque sean equivocadas de no estar obligado al pago de los derechos que se reclaman, o de situaciones sobrevinientes que le hicieran imposible el pago de las obligaciones, tales situaciones se deben aducir y demostrar en el proceso por el demandado, para que el juez pueda absolver de las condenas reclamadas por este concepto (sanción moratoria).

En el caso bajo estudio advierte la Sala que la demandada no planteó controversia sobre los extremos laborales que otorgó la sentencia apelada, ni adujó justificación alguna sobre la falta de pago de los derechos causados, y que sim bien de la situación que describe el expediente podría resultar alguna controversia podría existir sobre la modalidad contractual que existía al finalizar la relación, ninguna duda podía caber sobre el derecho de la demandante al pago de los salarios que se causaron por los servicios que prestó entre el 9 y el 20 de julio de 2016.

En consecuencia se revocará también este punto de la sentencia apelada y dado que la demandante devengaba salario mínimo, se condenará a la demandada, con base en el inciso primero del artículo 65 del CST, a pagar a partir del 21 de julio de 2016 un salario diario ($22.981) por el tiempo que transcurra hasta cuando pague los salarios y prestaciones sociales definidos en primera instancia en favor de la demandante.

Sin condena en costas de segunda instancia.

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. **REVOCAR** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia. En su lugar se CONDENA a SERDAN S.A a pagar a CECILIA ROMERO MERCHAN $ 8.273.460 como indemnización por despido injusto. El valor anterior se debe indexar en la forma como se definió en la parte motiva de esta sentencia.
2. **CONDENAR** a SERDAN S.A a pagar a CECILIA ROMERO MERCHAN $22.981 por cada día que transcurra desde el 21 de julio de 2016 hasta cuando realice el pago efectivo de los salarios y prestaciones sociales causados.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **SIN CONDENA EN COSTAS** de la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

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 GLORIA ELCY BARRERA LOMBO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., HOY SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y COMO INTEGRADA A LA LITIS LA SOCIDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 5 de marzo de 2021 por el Juez Cuarenta y Uno (41) 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 ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

– COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido (ver Correo Eléctrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLORIA ELCY BARRERA LOMBO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 12 de octubre de 1994, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados (AFP COLPATRIA, AFP HORIZONTE y SKANDIA S.A). Afirma que fue inducida en error ya que los asesores de COLFONDOS S.A sólo le realizaron promesas alejadas de la realidad en relación con una mejor cuantía pensional, que se pensionaria a la edad que quisiera, que si no quería estar en el fondo privado podría pedir la devolución de aportes en cualquier momento; pero no le explicaron sobre las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional o las diferencias con el RPM, ni le ilustraron la mesada pensional que recibiría en ambos regímenes, sólo le hablaron de las ventajas en el RAIS pero no le explicaron cómo se manejaría la cuenta de ahorro individual, cómo se calcularía su pensión ni que ello dependía de unos comportamientos económicos del mercado. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare nula la vinculación y el traslado del RPM al RAIS, y se condene a Colfondos S.A a devolver con destino a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como aportes junto con sus rendimientos. Además solicita que le sean reconocidos perjuicios morales (ver demanda en folios 98 a 115 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la elección del régimen goza de plena validez y la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal

contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 por estar a menos de 10 años de la edad de pensión. Indica que ordenar el reconocimiento de la pensión en el RPM sería descapitalizar a esta administradora puesto que los rendimientos financieros entre los dos regímenes son diferentes. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe* y la *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 128 a 135 del expediente).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que la afiliación fue resultado de la voluntad libre, espontánea y sin presiones, produjo efectos jurídicos, y no existió un vicio del consentimiento de la demandante ni se le ocultó información, ya que con la suscripción del formulario de afiliación se acredita que la afiliación estuvo exenta de engaño o error. Advierte que los asesores se encuentran plenamente capacitados para brindar la información relevante y necesaria para orientar a sus posibles afiliados y que ellos tomen la decisión libre, espontanea e informada. Propuso como excepciones previas: *falta de integración al contradictorio*[1] y de fondo: *validez de afiliación a COLFONDOS, buena fe., inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de perjuicios morales y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 155 a 164 del expediente).

Igualmente contestó la demanda OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., HOY SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que la afiliación a OLD MUTUAL no obedeció a un cambio de régimen pensional sino un traslado horizontal entre AFP´S. Aduce que no basta con invocar vicios del consentimiento pues haya que probarlos; indica que no se puede perder de

[1] Esta excepción previa quedó resuelta con la integración a la litis de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESAMTÍAS PORVENIR S.A (folio 186).

vista que el traslado de régimen pensional es una decisión legal y amparada por la ley y goza de toda la efectividad, maxime cuando la afiliación fue resultado de la voluntad libre, espontánea y sin presiones de la actora. Advierte que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios, y por ende no contaba con una expectativa legítima de derecho pensional. Propuso como excepciones: *prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, falta de litisconsorcio necesario y la genérica* (ver contestación en folios 190 a 203 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no existen vicios en el consentimiento. Afirma que este fondo siempre actuó conforme a la ley y a la voluntad de la demandante que fue libre, voluntaria y exenta de cualquier vicio del consentimiento, razón por la cual las pretensiones no tienen ningún fundamento jurídico. Señala que cuando la demandante se traslado a esta AFP ya estaba en el RAIS, por lo que bajo los postulados de la buena fe PROTECCIÓN S.A. asumió que al momento del traslado inicial se le otorgó una debida asesoría. No obstante lo anterior, aclara que de todas maneras cuando se afilió a este fondo se le asesoró de manera clara, objetiva y oportuna y para esa época ya se encontraba inmersa en la inhabilidad contenida en la Ley 797 de 2003 por lo que no podía trasladarse a COLPENSIONES. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, traslado de aportes a la AFP OLD MUTUAL y la 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* (ver contestación en folios 249 a 275 del expediente).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que las misma iban dirigidas a un tercero y por ello no se podía pronunciar al respecto. Sin embargo, aclaro que la actora pretende desconocer la restricción contenida en el articulo 13 de la ley 100 de 1993 y que cuando se afilió a PORVENIR S.A. lo hizo por una decisión libre, voluntaria sin presiones ni engaños, y ello se puede deducir del formulario de afiliación suscripción donde consta que la actora era consiente de las implicaciones y efectos del traslado. Advierte que no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios, de acuerdo con los parámetros establecidos en la Sentencia SU 062 de 2010, y finalmente resalta que la actora se ha traslado entre varias AFP´S lo que acredita su intensión por más de 26 años de continuar en el RAIS. Propuso como excepciones: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación* y la *innominada o genérica* (ver contestación en medio magnético y a folios 320 a 334 del expediente).

Con providencia del 22 de febrero de 2021, conforme lo establecido en el acuerdo 1 del artículo 1 del acuerdo PCSJA 20- 11686 del 10 de diciembre de 2020 remitieron el presente proceso del juzgado doce (12) al Juzgado cuarenta y uno (41) Laboral del circuito de Bogotá. (folio 336).

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de marzo de 2021, mediante la cual el Juez Cuarenta y Uno (41) 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 realizado por Gloria Elsy Barrera Lobo del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Skandia S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de*

administración. TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP Skandia S.A. y efectuar los ajustes en la historia laboral pensional de la actora. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones elevadas por la parte demandante. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SEXTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a las demandas Colfondos y Skandia S.A. a favor de la demandante la suma de un millón de pesos. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada esta sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones". (CD 5, minuto 28:30).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 1452 de 2019- SL 1688 de 2019) entre otras, y concluyó que la AFP COLFONDOS no cumplió con el deber de información pues no logró demostrar que brindó una asesoría distinta a la que plasma el formulario de afiliación. Destacó que no es suficiente prueba la suscripción del formulario de afiliación, pues este no demuestra los elementos de juicio que tuvo la demandante al momento del traslado, y del interrogatorio de parte tampoco se pudo considerar algún tipo de confesión o que estuviera enterada de todas las características del RAIS y RPM. Negó la petición de la parte demandante de los perjuicios causados, pues no los probó a través del proceso ni indicó su cuantía; condenó en costas a COLFONDOS S.A y a SKANDIA S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A en lo pertinente a la devolución de todos los aportes de la cuenta de ahorro individual junto con los valores por conceptos de gastos de administración, garantía de pensión mínima, reaseguros o seguros previsionales y rendimientos financieros. Afirma que los mismos tienen una fuente legal en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y son destinados al fondo de garantía de

pensión mínima RAIS, y la prima de los seguros de Fogafín y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes no se pueden reintegrar pues estas comisiones se destinan a pagar la póliza de cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte. Finalmente, indica que quedó acreditado con las pruebas documentales y con la contestación de la demanda, que Skandia cumplió con la obligación de generar una rentabilidad acorde con las directrices legales y de la Superintendencia Financiera, por lo que no resultaba procedente reintegrar una Comisión de Administración cuando en se hizo el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante (CD 5, minuto 30:26)[2]

---

[2] *"Gracias, señor juez. De forma respetuosa, me permito interponer y sustentar mi recurso de apelación de forma parcial frente a la condena a mi representada a devolver el concepto por cuotas o gastos de administración a COLPENSIONES. Básicamente, entonces, sustento mi recurso en que conforme lo indica el artículo 20 la ley 100 del 93, específicamente su literal B, tanto en el Régimen de Prima Media con prestación definida, como en el Régimen de Ahorro Individual, se faculta o se tiene la potestad para las administradoras o las entidades del sistema general de pensiones, de realizar un descuento a los afiliados para financiar unos gastos de administración, una prima de unos reaseguros de FOGAFIN, una prima de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Correlativamente a esta norma, también se tiene el decreto 692 del 94, el cual en su artículo 36 nos habla de la distribución de las cotizaciones. Este artículo nos dice: "El ISS y las cajas, fondos o entidades de previsión mientras no se ordene su liquidación, deberán llevar unas cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de gastos de administración. En uno u otro caso, deberán llevar las cuentas separadas de las primas canceladas o de las reservas que debe constituir si asume el riesgo según las normas que establezca la Superintendencia bancaria". De conformidad entonces con estas dos normas, se tiene se tiene o se puede concluir que estos gastos de administración tienen una destinación que es como cubrir unos gastos de administración y una prima de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pero también se crean para las AFP es unas obligaciones, como son administrar una cuenta de ahorro individual de los afiliados, garantizar una rentabilidad mínima, consolidar una historia laboral, pues, entre otros. Bajo este escenario, entonces, es importante indicar que si bien es cierto las pretensiones de la demanda giraron en torno a la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual y que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la consecuencia de esta es el regreso automático de las cosas al estado inicial, también lo es entonces, que corresponde al juez hacer un estudio o una ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe que ostenta en este caso mi representada Skandia. En primer lugar entonces, yo quiero indicar que Skandia actuó de buena fe dentro de toda la relación contractual que tuvo con la demandante, o que ha tenido con la demandante y administró de forma correcta la cuenta ahorro individual de la misma. También quiero indicar que, como como el nombre lo indica, la Comisión de Administración está direccionada a retribuir unas diferentes actividades que deben desarrollar todas las instituciones pensionales que conforman el sistema general de pensiones, dentro de las cuales está COLPENSIONES, es decir, si la demandante hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media también se le hubiere descontado este valor por este concepto. Es importante entender entonces que esta Comisión de Administración no es del afiliado, por ende, entonces, ordenar que se devuelva a COLPENSIONES sería desconocer la naturaleza misma de dichos gastos de administración, la cual no es la financiación de una pensión de vejez; y también que dicho porcentaje o dicho descuento está permitido realizarse a favor de las administradoras de pensiones. Entonces ordenar también a mi representada a que devuelva este dinero a COLPENSIONES sería generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y un pago de lo no debido, porque esta entidad estaría recibiendo un dinero del cual nunca realizó ninguna*

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*

---

administración conforme lo indicó la ley. Y también finalmente quedó acreditado con las pruebas documentales que se apuntaron en su debido momento procesal, con la contestación de la demanda, que Skandia cumplió con la obligación de generar una rentabilidad acorde con las directrices legales y de la Superintendencia Financiera, por lo que entonces no resultaba procedente reintegrar una Comisión de Administración cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante, Skandia cumplió con todas y cada una de ellas. Es en este punto simplemente donde dejo mi inconformidad o sustentó mi recurso de apelación, solicitando al Tribunal Superior se revoque la sentencia en este punto. Gracias.".

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 221,57 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, 9 meses y 25 días)[4], y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver folio 6 y 117 del expediente).

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

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

[3] Ver historia laboral de COLPENSIONES, historia consolidada de OLD MUTUAL, certificado de la Contraloría de Bogotá donde certifica que cotizó para la Caja de Previsión Distrital 73 semanas en folios 59, 60 a 68 y CD 2 del expediente administratvo a folio 141.
[4] Ibídem.

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

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

---

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

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

existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, 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 la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen

de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que con las declaraciones de las testigos MIRYAM AMANDA SILVA (CD 4 audiencia virtual, hora 1 minuto 05:41) y FLOR ANGELA ROJAS CD 4 audiencia virtual, hora 1 minuto 24:05) quedó probado que en la reunión general celebrada en 1994 en las instalaciones de la Contraloría General cuando llegarón los asesores de la AFP COLFONDOS, sólo le hablaron a la actora y a los demás funcionarios sobre las ventajas de trasladarse al RAIS, que el ISS estaba por liquidarse y que se podían pensionar a la edad que quisieran. Y pese a que las deponentes maniestaron que no habían presenciado el momento en que la actora firmó el formulario, quedó acreditado que los asesores de este fondo no brindaron la información en los términos que ha decantado la Corte Suprema de Justicia en sus diferentes jurisprudencias. Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*".

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó el 12 de octubre de 1994 a la AFP COLFONDOS S.A, de manera posterior a la AFP COLPATRIA el 21 de mayo de 1998, después a la AFP HORIZONTE el 29 de noviembre de 2001, a PORVENIR S.A el 11 de mayo de 2009, a OLD MUTUAL S.A el 01 de junio de 2010, PROTECCIÓN S.A.el 9 de abril de 2013 y nuevamente retornó a la AFP OLD MUTUAL S.A. el 14 de febrero de 2014, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliado – ver certificado SIAFP, Cd No. 3 , folios 165, 166, 169, 191, 192, 284, 286 del expediente).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA S.A la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con base en ellos se y conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, se adicionará la decisión para ordenar el traslado de rendimientos financieros generados en la cuenta de la demandante, la devolución de los gastos de administración que cobraron los demás fondos privados aquí demandados COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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. (durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); y 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 incurrieron los fondos de pensiones.

COSTAS en segunda instancia a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

RESUELVE

1. ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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. a devolver los gastos de administración que cobraron durante la permanencia de GLORIA ELCY BARRERA LOMBO en cada uno de dichos fondos, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

3. COSTAS en segunda instancia a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
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 GEDEON JARAMILLO REY CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta misma, la sentencia dictada el 6 de abril de 2021 por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido (ver Correo Eléctrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, GEDEON JARAMILLO REY presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido en marzo de 1995, con fundamento en que la AFP lo persuadió para que se trasladara pero no le informaron sobre las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional ni tampoco le explicaron las diferencias con el RPM, no le señalaron las desventajas y riesgos del RAIS, ni le ilustraron con escenarios comparativos de pensión la mesada pensional que recibiría en ambos regímenes. Advierte que al realizar un análisis observó que la mesada pensional en el RAIS se encuentra en menos de siete millones de pesos a lo que le correspondería en el RPM. De manera subsidiaria solicita se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS. Como consecuencia de lo anterior, pide que sea que se declare la nulidad o ineficacia en el traslado del RPM al RAIS, se declare y condene a Protección S.A. a devolver con destino a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante la totalidad de la cuenta de ahorros incluios los rendimientos e intereses a que haya a lugar y a esta última – Colpensiones – a admitir la afiliación y recibir dichos valores, lo que se pruebe extra y ultra petita y las costas del proceso (ver demanda en folios 2 a 20 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la elección del régimen fue libre, voluntaria, espontánea, y sin presiones, manifiesta que la actora gozaba de plena autonomía para realizar el cambio de régimen pensional suscribiendo de manera consciente el formulario de afiliación, y no ocurrieron vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo) en la afiliación, advierte que no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios, y además se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal y conforme los parámetros establecidos en la Sentencia C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y la SU 130 de 2013 entre otras. Solicita que por ser una acción temeraria sea el demandante condenado en costas procesales. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad,*

inexistencia del dercho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y la *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 92 a 98 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación efectuada por la actora y la suscripción del formulario se encuentra libre de vicios del consentimiento y dicho acto sucedió en virtud de la libre escogencia del régimen que administre sus aportes a pensión, refiere que la afiliación es completamente válida, exenta de vicios y que conforme al formulario suscrito por el actor se realizó en forma libre, espontánea y voluntaria. Advierte que el no cumplimiento de las expectativas económicas no es motivo para afirmar un engaño o mala información, y que el monto de la pensión en el RAIS fue precisamente el legislador quien lo ligó a situaciones económicas y cambios normativos como en la resolución No. 1555 de 2010 (tablas de moratlidad) y la resolución 3099 de 2015 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fórmulas para calcular el capital). Propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones *y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 117 a 134 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de abril de 2021, mediante la cual el Juez Doce (12) 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 en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización del demandante GEDEON JARAMILLO REY celebrada en su momento con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA, luego ING, hoy PROTECCIÓN S.A. realizada el 23 de febrero de 1995, formulario de afiliación con código de barras 1010099986*

folio 164 del expediente. SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a la devolución de saldos, aportes y rendimientos del demandante GEDEON JARAMILLO REY con destino a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante GEDEON JARAMILLO REY a recibir el monto de los aportes, saldos y rendimientos, ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento al Régimen de Trancisión al no tener derecho sobre el particular. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás súplicas de la demanda. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por PROTECCIÓN S.A. y por COLPENSIONES. SEXTO: Sin condenas en costas en la instancia. SÉPTIMO: 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. ” (CD 3, audiencia virtual, minuto 22:11).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que, respecto a las pretensiones principales de declarar la nulidad, no evidenciaba ninguna causal de nulidad que invalidará lo actuado y por ende consideró que estas pretensiones principales no están llamadas a prosperar. Sin embargo, respecto a la pretensión subsidiaria de declarar la ineficacia de traslado encontró que efectivamente PROTECCIÓN S.A no cumplió con la carga probatoria ni demostró que hubiese suministrado al demandante una asesoría suficiente, amplia, concreta, detallada y oportuna para el momento del traslado de régimen pensional y sobre las consecuencias de dicho traslado. Argumentó que la firma del formulario de afiliación NO convalida que se le hubiese brindado una asesoría integral al demandante. Estimó que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha resaltado la carga probatoria que tienen los fondos en demostrar la asesoría y buen consejo suministrado al afiliado y resaltó que no es de recibo que las AFP´S pretendean escudarse en la falta de información bajo el argumento que los afiliados deben cumplir el deber de auto-informarsen. Consideró que no ordenaría la devolución de gastos de administración, pues se observaba la gestión pensional que había realizado la AFP PROTECCIÓN en el tiempo de

permanencia del afiliado al RAIS; y finalmente advirtió que el hecho que el actor estuviese realizando de aportes voluntarios no acreditaba que la AFP le hubiese brindado la información detallada en los términos ordenados por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES S.A, inconforme con la decisión interpone recurso y aduce que la declaratoria de ineficacia debía analizarse sobre las normas que regian en la época del traslado del actor (año 1995) y con base en esas exigencias normativas, verificar si realmente había lugar o no a declararla; para ese momento únicamente se requería la suscripción del respectivo formulario de vinculación, no existían las exigencias del deber de información ni la rigurosidad con relación al cumplimiento del deber de información, razón por la cual, se puede el acto de traslado del actor es totalmente válido y se hizo en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional. Pide que se tenga en cuenta que el valor de la mesada en cada régimen corresponde a las características propias de cada uno de ellos, y no a una actuación dolosa por parte de las administradoras de pensiones. Subsidiariamnete en caso de no ser revocado el fallo, pide se adicione la sentencia en lo concerniente a que PROTECCIÓN S.A traslade a COLPENSIONES los saldos de la cuenta pensional del actor, los gastos de administración, se traslade lo atinente a los pagos efectuados periódicamente al fondo de pensión mínima, y los pagos efectuados por concepto de seguros previsionales debidamente indexados hasta la fecha de pago a COLPENSIONES, toda vez que por el paso del tiempo es evidente su depreciación monetaria (CD 3 MINUTO 28:19[1]).

---

[1] *"Sí señoría, Colpensiones interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho, recurso que se interpone en dos sentidos. En primer lugar, se interpone de forma total para que la sentencia de instancia sea revocada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, teniendo en cuenta, como argumento, que respetuosamente COLPENSIONES no comparte los fundamentos jurídicos esbozados por el Juez de Instancia y que llevan a la conclusión de que el traslado régimen pensional que efectuó el demandante es nulo e ineficaz. Considera este apoderado y como se manifestó en la etapa de alegación, debía analizarse cuáles eran los requisitos y las exigencias normativas vigentes para el año 95, cuando el demandante se traslada del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual, y con base en esas exigencias normativas, verificar si realmente había lugar o no a declarar la*

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

---

ineficacia de la vinculación. Para ese momento únicamente se exigía la suscripción del respectivo formulario de vinculación. No existía más allá de las observaciones que hace el juez de instancia con relación a las exigencias del deber de información. Considera COLPENSIONES que para el momento no existía una rigurosidad con relación al cumplimiento de esa obligación, del deber de información, más allá de la responsabilidad que tenía el fondo de pensiones correspondiente, de informar las características y las consecuencias de la vinculación al régimen de ahorro individual. Situación que a todas luces se podría corroborar con la suscripción del formulario de vinculación, porque más allá de documento no existe y no es posible para el fondo de pensiones demandado aportar ninguna otra prueba documental o prueba de otra índole para acreditar que sí se brindó asesoría e información al actor. Y analizando las circunstancias de tiempo, modo, y lugar de la vinculación del demandante, conforme a las exigencias de la época, probablemente la conclusión podría ser que el acto de traslado del actor es totalmente válido no sólo por haberse efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional, sino por haberse cumplido las exigencias de la época. Y, por otra parte, porque finalmente tanto de la demanda como de las manifestaciones del demandante en su interrogatorio se puede evidenciar que la única y principal inconformidad que tiene con su permanencia en el RAIS es el valor de la mesada pensional, situación que como igualmente se manifestó en la tapa de alegaciones, no es una situación que en forma alguna le pueda ser atribuible ni a COLPENSIONES, ni a en este caso a PROTECCIÓN, toda vez que el valor de la mesa personal de cada uno los regímenes pensionales corresponden a las características propias de cada uno de ellos, y no a una actuación dolosa por parte de las administradoras de pensiones. Y con base en esos argumentos, señor juez, en primera medida, solicitaría a la Sala Laboral del Superior De Bogotá revocar íntegramente el fallo de instancia, y en caso de considerarlo pertinente absolviera a COLPENSIONES de las condenas impuestas. Y, por otra parte, se interpone un recurso de apelación parcial en el entendido que, si no hay lugar a revocar el fallo de instancia, se solicita su adición en el entendido que, adicionalmente a que PROTECCIÓN traslade a COLPENSIONES los saldos de la cuenta pensional del actor, con la inclusión de los gastos de administración. Se ordene que también se traslade lo atinente a los pagos efectuados periódicamente al fondo de pensión mínima y los pagos efectuados por concepto de seguros previsionales. Estos dos conceptos, junto con los gastos de administración debidamente indexados hasta la fecha de pago a COLPENSIONES, toda vez que la atención viene efectuando la administración de la cuenta personal del demandante desde el año. 95, y no sería coherente que, al declararse la ineficacia y la anulación del traslado régimen pensional, PROTECCIÓN traslade únicamente los gastos de administración sin la debida indexación de estos conceptos, toda vez que por el paso del tiempo es evidente su depreciación monetaria para efectos de COLPENSIONES debe de trasladarse debidamente indexados para evitar una depreciación del patrimonio de la entidad. En estos sentidos, señor juez dejo expuesto mi recurso de apelación. Muchas gracias".

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 33

años de edad y había cotizado 167.57 semanas[2], 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 5 días)[3], y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver folio 22 y 88 del expediente).

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

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

---

[2] Ver historia laboral de COLPENSIONES, en Cd 2 del expediente administrativo folios 105 y no se computarán cotizaciones a CAJANAL – no hay prueba fehaciente sobre las cotizaciones a esta entidad – Formato CLEBP ilegible (folio 38 y 178 vto) y sólo se evidencia lo que señala la historia laboral de PROTECCIÓN S.A ver folios 140 a 143 y 172 del expediente.
[3] Ibídem.

[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*

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

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

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".

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 la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A, no demostró haberle brindado información al actor suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*".

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el "*saneamiento*" la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó el 23 de febrero de 1995 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliado – ver formulario en folio 164 y 175 del expediente).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de saldos, aportes y los rendimientos financieros generados en la cuenta del demandante, y conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y respondiendo a los argumentos de su recurso adicionará la decisión para ordenar (i) la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el RAIS, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), 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), parfa (ii) ordenar la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, que conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[6] hacen parte de los gastos de administración; para (iii) dispondrá a cargo de PROTECCIÓN S.A la devolución de los aportes para la garantía de pensión mínima, pues para la Corte procede la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual y "*ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional"* (SL 2877 del 29 de julio de 2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO); y para (iv) declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la

---

[6] *"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 de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes".*

obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

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

RESUELVE

1. ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a devolver los gastos de administración que cobró durante la vincualación de GEDEON JARAMILLO REYES en dicho fondo, las primas de las aseguradoras, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, los aportes para la garantía de pensión mínima, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

2. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

3. SIN COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
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 HERNÁN JARA HERNÁNDEZ 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 junio 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 SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la sentencia dictada el 9 de abril de 2021 por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, HERNÁN JARA HERNÁNDEZ 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 del traslado de Régimen Pensional efectuado por el demandante en el mes de septiembre de 2005. 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 suficiente, amplia y oportuna por parte de PORVENIR S.A., pues esta AFP no informó, entre otras, cuál sería la proyección pensional en ambos regímenes y cuál de éstas la más favorable, lo que provocó el engaño y la ausencia de una decisión libre y voluntaria, lo cual se remitió al momento de trasladarse a la AFP OLD MUTUAL (hoy SKANDIA). Además, le ofrecieron regalos e información errónea, respecto a los beneficios de dicho régimen pensional (ver demanda en los folios 2 a 71 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto la relativa a declarar que el demandante estuvo afiliado a dicha entidad hasta septiembre de 2005, pues si bien éstas no se dirigen en su contra, sí conllevarían un futuro reconocimiento pensional a su cargo. 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: *prescripción y caducidad*, *cobro de lo no debido*, *buena fe* y *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en los folios 126 a 130 del expediente).

También contestó la demanda OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA) 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, máxime cuando en este caso no fue la entidad que efectuó el traslado de régimen del actor, sino que éste venía afiliado a otra AFP que le ofrecía las mismas características pensionales.

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 inciso 2º 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: *Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen*, *el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado*, *ausencia de configuración de causales de nulidad*, *inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS*, *ausencia de falta al deber de asesoría e información*, *los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante*, *prescripción*, *buena fe* y *genérica* (ver contestación en los folios 156 a 167 del expediente digital).

Así mismo, mediante apoderado, contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, alegando que el traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y estuvo en consonancia con las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Además, predicó que no se demuestra omisión de información por 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, según concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020, no hay lugar a la devolución del 3% de la cotización que se destina a sufragar gastos de administración y las primas de las pensiones de sobrevivientes y muerte, establecido en el artículo 20 inciso 2º de la Ley 100 de 1993. Sobre la condena en costas y los gastos del proceso, solicitó que se absolviera a su representada, por cuanto – a su juicio- no existen presupuestos de hecho ni de derecho para fulminar en su contra esa pretensión. Como excepciones de mérito formuló las siguientes: *prescripción*, *buena fe*,

inexistencia de la obligación, *compensación* y *genérica* (ver contestación en el CD 2 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de abril de 2021, mediante la cual la Juez Trece (13) 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 hiciere el demandante Hernán Jara Hernández a la AFP Porvenir en septiembre del 2005, por las razones antes expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A y a Skandia S.A a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, que cada una tenga, que tenga cada una en su poder en la actualidad por los expuesto precedentemente. TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliado al actor, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral del demandante conforme a lo antes visto. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas conforme se indicó en la parte considerativa de fallo. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia en favor de la parte actora el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante de remitir el proceso a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor. SÉPTIMO: Por secretaría remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como lo establece el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021".* (CD 3, Archivo Audiencia Virtual Proceso 2019-00611 Parte 2 09-04-2021.mp4, Hora 1:08:39).

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 la AFP PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de 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 de convicción 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 HERNÁN JARA HERNÁNDEZ por la OLD MUTUAL (hoy SKANDIA) al momento de realizar el traslado a dicha 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.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de PORVENIR S.A. pidió que se revoque la condena como quiera que no se acreditó un vicio, como podría ser la incapacidad absoluta del demandante, que diera lugar a la nulidad absoluta al acto de afiliación al RAIS, sino a una nulidad relativa que sería susceptible de prescribir. Así mismo, no se tuvo en cuenta que el traslado fue realizado válidamente de manera libre y voluntaria, pues no existía un derecho consolidado que lo impidiera. La ineficacia declarada genera un estado jurídico no previsto por el legislador, quien dio libertad al afiliado a escoger régimen pensional. Y no habría lugar a devolver dineros de comisiones por administración, como las primas de seguros que cubrieron al demandante durante su afiliación, pues, como lo señaló la Superintendencia Financiera, solamente se debería hacer devolución de los aportes y rendimientos, como lo señala el artículo 113 literal *b* de la Ley 100 de 1993 (CD 3, Archivo Audiencia Virtual Proceso 2019-00611 Parte 2 09-04-2021.mp4, Hora 1:11:19)[1].

[1] "*Gracias su señoría siendo el momento oportuno me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el Despacho, teniendo en cuenta los siguientes aspectos, en primer lugar pues no es factible declarar la ineficacia e inexistencia del traslado como quiera que no se probó*

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

---

que faltaran uno de los elementos de decisión de este acto jurídico, ni tampoco procede a la nulidad absoluta del cambio de régimen pues igualmente no se acreditó que para ese momento el afiliado fuera incapaz absoluto, lo que entraña sin lugar a vacilación de que de haberse previsto alguna irregularidad en el cambio régimen necesariamente se estaría a las catalogadas por ley como nulidades relativas. Ratificadas de manera expresa o tácita…

Su señoría yo me refería era o no se si no fui claro pues que en caso de que no exista la nulidad absoluta del cambio de régimen pues ésa pues puede ser sometida al fenómeno prescriptivo pero, pero gracias su señoría por la aclaración, digamos que otro aspecto a resaltar a la sala, pues es que no se valoró que pues la parte demandante no tenía un derecho consolidado para el momento de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, debe destacarse que para la fecha en que la parte manifiesta que se afilió voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad , administrado pues por Porvenir no había ingresado en su patrimonio ningún derecho consolidado de manera que no existía una relación jurídica ni fáctica para qué Porvenir le impidiera ejercer su libre elección de cambiar de pensión y no se configura con la simple afiliación como parece entenderlo la parte actora en la demanda y pues de...constituirse de datos continuos y sucesivos, al pago de aportes que a lo largo del tiempo pues da lugar y derecho a la prestación en el sistema por lo que declarar la ineficacia al traslado de pensión aparece... tiene interpretaciones y alcances diferentes a lo que indica la normas, no solo constituyen un real desfinanciamiento al sistema pensional, subsidiado por el Estado sino que además, pues hacerlo de forma masiva sin hacer el trabajo lícito pues se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico en tanto el legislador ha dado la libertad de elección de régimen pensional en cabeza del afiliado de traslado con las consecuencias jurídicas que esto conlleva. Por otro lado, presento mi inconformidad con respecto a generarle a mi representada la devolución referente al porcentaje de gastos de administración pues esto es claramente algo que desconoce una característica que es propia y fue establecida por la ley 100 del 93 en que al final estos cobros de administración con respecto a la prima de seguros que se cubrió durante todo este tiempo o a la parte demandante con respecto a las contingencias de invalidez y muerte y frente a lo administrado en el fondo de solidaridad que fue establecido por la misma ley 100 del 93 y que el efecto de la ineficacia conllevaría a que el acto jurídico no hubiese existido y no podría conllevar a la devolución de rendimientos financieros en este aspecto, de igual manera no se puede ordenar estos gastos , el traslado de estos gastos de administración a Colpensiones pues se configura un enriquecimiento ilícito a favor de la demandada en la medida en que no existe una norma que disponga tal devolución , diferente pues a la norma establecida en la que nombró el Despacho en cuanto a que Colpensiones pues también tenía ..a estos gastos por administración , pues en forma clara y sin lugar a ...diferentes el artículo 113 del literal b de la Ley 100 del 93 menciona cuales deben ser los dineros que deben ser retornados cuando existe cambio de régimen y pues esto es pues el saldo de la cuenta individual , incluido pues sus rendimientos, lo que evidencia que estos estén destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado con la prestación a la gestión que adelantó, al incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado, por lo anterior solicito a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá pues revocar en su integridad la decisión emitida por el Despacho y en su lugar absolver a mi representada de cada una de las pretensiones, 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 el demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 45 años de edad y había cotizado 565.57 semanas[2]; 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 menos de 1 año cotizado); 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 59 años – ver folios 72 y 115 del expediente).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio para toda la jurisdicción [3] [4], según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

---

[2] Historia laboral expedida por COLPENSIONES S.A. (folios 73 a 77 del expediente).

[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*".

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 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 la AFP 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 el demandante, pues indicó que el día en que su traslado obedeció a las múltiples visitas insistentes que recibió de la asesora de PORVENIR S.A. -en el año de 2005- le hicieron una descripción de las desventajas de quedarse en el Instituto Seguros Sociales, las cuales versaban sobre las supuestas dificultades para pensionarse en el RPM y su inminente desaparición; mientras que, como ventajas, le predicaban el carácter privado del fondo, los rendimientos del dinero en su cuenta de ahorro individual, la posibilidad de pensionarse anticipadamente y una eventual mesada pensional mayor a la que obtendría en el RPM. Relató que el segundo traslado obedeció a la visita de dos asesores de OLD MUTUAL (hoy SKANDIA) que le indicaron exclusivamente las ventajas de dicha AFP y pese a haber obtenido más información, 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 (CD 3, Archivo Audiencia Virtual - Proceso 2019-00611 09-04-2021 Parte 1.mp4, Min. 39:40).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (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 del demandante al RAIS operó con el traslado de régimen en septiembre de 2005 a PORVENIR S.A. y, posteriormente, se trasladó en febrero de 2011 a OLD MUTUAL S.A. (SKANDIA), AFP a la que se encuentra actualmente afiliado (ver Historia Laboral expedida por OLD MUTUAL S.A. en los folios 175 a 181 del expediente).

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 la sentencia apelada 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 PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

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 MELIDA YANETH SARMIENTO RUIZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (OFICINA DE BONOS PENSIONALES)

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandante, la sentencia dictada el 17 de marzo de 2021 por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se NEGÓ la anulación de traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MELIDA YANETH SARMIENTO RUIZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en el mes de septiembre de 1999, con fundamento en que

los asesores del fondo privado no le suministraron información completa, adecuada y suficiente en la etapas de vinculación al RAIS y previo al disfrute de su derecho pensional, y la AFP PORVENIR S.A. le reconoció pensión de vejez en cuantía de 1 SMLMV a partir del mes de febrero de 2018. Como consecuencia de lo anterior, pide que: (i) el fondo privado traslade a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual (cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses) sin que se pueda efectuar descuentos por concepto de mesadas pensionales pagadas; (ii) COLPENSIONES reconozca el derecho pensional bajo los parámetros establecidos en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a partir del cumplimiento de los requisitos de ley; y, (iii) la AFP pague las diferencias entre la mesadas que ha pagado y las que corresponden en el RPM a cargo de COLPENSIONES (ver escrito de demanda en páginas 61 a 65 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que no es procedente el traslado o retorno de la demandante al RPM, pues la demadante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 dado que para el momento de la solicitud contaba 58 años de edad y no es beneficiaria del régimen de transición ni por tiempo ni por edad. Advirtió que la actora permaneció afiliada en el RAIS durante 18 años y que actualmente recibe pensión de vejez reconocida por la AFP PORVENIR S.A. desde el año 2018 (hace más de 6 meses). Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con la obligaciones pretendidas,* y la *innominada o genérica* (ver contestación en páginas 103 a 110 del expediente digital).

También contestó la demanda 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 la

demandante se afilió de forma válida al RAIS, después de recibir asesoría sobre las características de ambos regímenes pensionales conforme a las leyes vigentes para la época, y su situación pensional se consolidó en el año 2018 como beneficiaria de la garantía de pension mínima de vejez. Propuso como excepción previa la de *falta de integración de litis consorcio necesario,* a fin de que se vincule al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES a la litis, entidad encarga de pagar el bono pensional y de reconocer el derecho a la garantía de pensión mínima por vejez, y propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia de la obligación, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad del acto jurídico del traslado de régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación,* y la *innominada o genérica* (ver contestación en folios 203 a 214).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. presentó además demanda de reconvención contra la demandante. Pide que se declare que tiene la condición de pensionada y que la AFP PORVENIR reconoció y aprobó de buena fe la pensión de vejez que ella misma reclamó, mesada pensional que percibe desde el mes de febrero de 2018. En consecuencia y en caso de que se declare la nulidad de la afiliación, pide que se le condene a restituir las mesadas pensionales que ha recibido debidamente indexadas (ver demanda de reconvenció en folios 203 a 214).

Mediante auto proferido en audiencia celebrada el 29 de agosto de 2019, la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso la vinculación a la litis del el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES (ver CD 3 y acta en folio 250), quien contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la situación jurídica de la demandante ya se consolidó, pues se encuentra pensionada con garantía de pensión mínima desde hace más de dos años, por lo que los recursos de la cuenta de ahorro individual y

los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima han sido utilizados para financiar su mesada pensional. Advirtió que en el eventual caso en que se ordene el traslado de régimen, se debe anular el bono pensional tipo A emitido por la Nación en el mes de noviembre de 2017 cuya redención tendrá lugar el 26 de noviembre de 2020. Propuso como excepciones de mérito las de *prescripción, violación al principio constitucional de sostenibilidad financiera* y la *excepción genérica* (ver contestación en folios 263 a 273 del expediente).

Notificada de la demanda de reconvbención la apoderada de la demandante la constestó. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que la solicitud que hizo PORVENIR S.A. pone en evidencia que e reconoció una prestación sin c brindar una asesoría completa. Advirtió que la pensión que le corresponde en el RAIS asciende para el año 2018 a la suma de $781.242 (SMLMV de la época) y la mesada pensional que le correspondería en el RPM sería de $1.375.794, lo que evidencia el perjuicio que se le está causando (ver folios 289 a 290).

Terminó la primera instancia con sentencia de 17 de marzo de 2021, mediante la cual la Juez Catorce (14) 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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y por consecuencia LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante selira MELIDA YANETH SARMIENTO RUIZ, conforme a la parte motiva de este proveído. SEGUNDO: ABSTENERSE del análisis puntual de los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo, dado el carácter absolutorio del litigio. TERCERO: SIN CONDENA en costas. CUARTO: DE NO SER APELADA esta decisión debe ser consultada con el TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA LABORAL"* (audiencia virtual, CD 7, minuto 22:10).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia se remitió al reciente cambio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vertido en la sentencia SL373 de 2021, según el cual no es procedente declarar la ineficacia del traslado cuando quien lo solicita ostenta la condición ade pensionado.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta su *consulta,* como lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, grado de jurisdicción que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que la demandante recibe desde el mes de febrero de 2018 una pensión de vejez reconocida en el RAIS (por PORVENIR S.A.) con beneficio estatal de la Garantía de Pensión Mínima, en cuantía de un SMLMV y sobre 13 mesadas anuales, con la posibilidad de que una vez ingrese el valor del bono pensional a la cuenta de ahorro individual se realice un nuevo estudio pensional (ver comunicación del 9 de febrero de 2018, a través de la cual se informa el reconocimiento pensional, contenido en los folios 169 a 171 del expediente, y comunicación de 7 de mayo de 2018 obrante en folios 44 a 46 del plenario).

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 38

años de edad y había cotizado 624 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 años, 9 meses y 2 días)[2], y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado la edad minima de pensión en el RPM (tenía 57 años de edad – ver folios 4 y 78 del expediente digital).

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

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

---

[1] Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por dicha entidad en el folio 97 del plenario.
[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 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*".

Más recientemente esa misma Corporación, en la sentencia SL 373-2021, recogió de forma explícita el criterio que había expresado con anterioridad y señaló que NO procede la declaración de ineficacia cuando quien la reclama está pensionado en el RAIS, pues *"la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (…) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto"* (ver SL 373-2021, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el caso bajo estudio se trata de una persona que adquirió el status de pensionado en el RAIS desde el mes de febrero del año 2018, con beneficio estatal de la garantía de pensión mínima.

En consecuencia y acatando el cambio jurisprudencial referido, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, advirtiendo que en el proceso se resolvieron todas las materias que fueron objeto de la demanda, pues en ella se reclamó la declaración de ineficacia del traslado con la reparación de los perjuicios que se pudieran generar por dicha situación, y la declaración pretendida no prosperó.

Sin costas en la consulta.

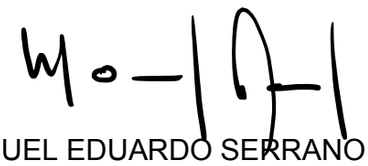
DECISION

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

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 LABORAL DE TERESA CABRERA VELANDIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 en la fecha programada para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, la sentencia dictada el 25 de febrero de 2021 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en la cual se NEGÓ la reliquidación de una pensión de jubilación reconocida con fundamento en el Decreto 1653 de 1977, régimen especial de los funcionarios de seguridad social.

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 (ver folio 147).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, TERESA CABRERA VELANDIA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reliquide la pensión de jubilación reconocida a su favor, teniendo en cuenta para el efecto los parámetros establecidos en los artículos 19 y 21 del

Decreto 1653 de 1977, esto es, tomando todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. Afirma que su prestación se liquidó con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los últimos 10 años. Pide que se deje sin efectos la Resolución a través de la cual se negó la reliquidación de su mesada pensional, se ordene el pago de las diferencias pensionales adeudadas debidamente actualizadas, junto con los intereses moratorios que se generen (ver demanda en folios 1 a 8, y adecuación en folios 101 a 108 del expediente).

Mediante auto proferido el 25 de enero de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "F", declaró la falta de jurisdicción y competencia para resolver la controversia, y ordenó la remisión del expediente a la jurisdicción ordinaria laboral por tratarse de una controversia relativa a la prestación de servicios de seguridad social de una afiliada del sector privado (ver folios 95 y 96).

El proceso fue asignado por reparto al Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá (ver folio 99).

Notificada la demanda a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la contestó mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPMD solo se pueden liquidar las pensiones teniendo en cuenta el promedio de los últimos 10 años de aportes o toda la vida laboral. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe* y la *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 115 a 123 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 25 de febrero de 2021, mediante la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante. La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: ABSOLVER a la*

demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por la señora TERESA CABRERA VELANDIA, en estos términos declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por esta parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un (1) SMLMV para el año 2021, a favor de COLPENSIONES. TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dadas las resultas desfavorables para su totalidad de las pretensiones de la señora TERESA CABRERA, se remitirán las diligencias al Superior, para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta" (CD 5, audiencia virtual parte 2, hora 1, minuto 05:05).

Para tomar la decisión el Juez de primera instancia concluyó conforme la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, y el reciente cambio jurisprudencial del Consejo de Estado, que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservó los requisitos de edad, tiempo y monto de la prestación, pero no el IBL de normas anteriores, el cual se obtiene conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993 con los últimos 10 años o toda la vida, lo que sea favorable. De oficio estudió si los parámetros antes descritos (edad, tiempo y monto) fueron aplicados de forma correcta y concluyó que la prestación se liquidó conforme lo dispuesto en lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1653 de 1977 sin que se pudiera aplicar la tasa de reemplazo establecida en el artículo 19 de la misma normatividad (100%) pues la demandante fue trabajadora de la seguridad social hasta el año 1996, es decir, durante un aproximado de 8 años.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta su *consulta,* como lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, grado de jurisdicción que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en primera instancia que mediante la Resolución No 4439 de 16 de febrero de 2012, el ISS, hoy COLPENSIONES, reconoció pensión de jubilación a favor de la demandante, a partir del 1° de marzo de 2012 en cuantía inicial de $1.130.493, con fundamento en el Decreto 1653 de 1977, por ser beneficiaria del régimen de transición y haber sido funcionaria de la Seguridad Social (ver Resolución en folios 69 a 73).

La prestación se liquidó tomando el IBL que define el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó la demandante en los últimos 10 años, de los cuales se para el año 2012 como Ingreso Base de Liquidación la suma de $1.507.324, a la que se aplicó una tasa de remplazo del 75% (ver folio 70 del expediente).

Para estudiar en consulta las pretensiones que le fueron negadas a la demandante en primera instancia, debe advertir la Sala que por elementales reglas de hermenéutica las normas que aplican en materia de pensiones a un caso concreto son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema.

No obstante, cuando esas condiciones o requisitos se modifican por la entrada en vigor de una nueva reglamentación, ésta puede crear un régimen de transición normativa cuya finalidad es mantener -para algunas personas- la aplicación de todas o *algunas* de las reglas que fueron derogadas, o lo que es lo mismo, para darle relevancia o sanción jurídica a las expectativas pensionales que tenían algunos trabajadores.

Esto último fue lo que ocurrió al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 36 dispuso un régimen de transición normativa que le fue aplicado a

la demandante por tener 35 años de edad[1] en el momento en que el nuevo sistema de pensiones entró en vigencia.

Dicho régimen mantuvo algunas y no todas las condiciones que regulaban las normas anteriores en materia pensional, pues si bien dispuso que *la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto –o porcentaje-* para acceder a la pensión de vejez de sus beneficiarios, es la "*establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*", (para la situación de la demandante el consagrado en la Ley 71 de 1988); estableció claramente que para definir el salario o ingreso base de liquidación de la pensión se regirá "*por las disposiciones contenidas en la presente Ley*", es decir, en la Ley 100 de 1993.

Esta forma de entender el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 ha sido reiterada en amplia jurisprudencia de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia desde tiempo pretérito, se citan como referencia las sentencias SL 9808 de 2016, SL 15602 de 2014, SL 15 de febrero de 2011, SL del 6 de julio del 2000 con radicado No. 13336, SL de 17 de octubre de 2008 con radicado No. 33343. En estas providencias la Corte ha dejado claramente sentado que las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición se regulan en cuanto a la edad, tiempo de servicios y porcentaje con fundamento en la normatividad anterior, pero en lo relacionado con la base salarial sobre la cual se liquida la mesada se rigen por la nueva normatividad. Cabe advertir que este mismo criterio ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para las pensiones de jubilación que se reconocen con fundamento en el Decreto 1653 de 1977 (sentencia SL 803 de 2019 (M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO).

En este orden de ideas, el ingreso base de liquidación de la pensión de demandante en régimen de transición se encuentra regulado en la ley 100 de 1993 artículos 21 y 36, normas que aplicó la demandada para definir el valor

[1] La demandante contaba con 42 años de edad al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993. Ver cédula de ciudadanía a folio 13.

de la primera mesada pensional de la demandante, tal como lo definió la sentencia apelada que será confirmada.

Cabe precisar, para responder am los argumentos de la demanda, que el principio de favorabilidad laboral impone la interpretación más favorable de una norma cuando existan dudas sobre su contenido, o la aplicación de la norma más favorable cuando coexistan en el tiempo dos normas que regulen la misma situación. Como ninguna de estas situaciones ocurrió en el asunto bajo estudio según se dijo a lo largo de esta audiencia, no cabe su aplicación.

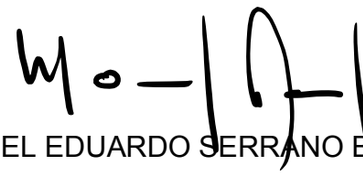
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
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 SAMANTHA INES HERNANDEZ CUBILLOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 8 de marzo de 2021 por el Juez Quince (15) 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 BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL, con T.P. 288.455 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido (ver Correo Eléctrónico).

Téngase a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

– COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido (ver Correo Eléctrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, SAMANTHA INES HERNANDEZ CUBILLOS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido en el año 1995, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido para el año 2000, con fundamento en que fue engañada por los asesores del fondo privado con ofrecimientos y promesas alejadas de la realidad en relación con la expectativa pensional, pues no le informaron sobre las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen o las diferencias con el RPM, sólo le hablaron de las ventajas y no le explicaron como estaba diseñado cada uno ni le ilustraron con escenarios comparativos de pensión la mesada que recibiría en ambos regímenes. Advierte que al realizar el traslado horizontal tampoco le informaron incidencia alguna y sorpresivamente en el año 2019 al solicitar la proyección en COLFONDOS observó el detrimento del derecho pensional pues correspondia al 40% menos del valor que le hubiese correspondido en el RPM. El 21 de febrero de 2019 agotó la vía gubernativa. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPM al RAIS, se declare y condene que PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. a devolver con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses esto es con los rendimientos que se hubiesen causado hasta cuando se entregue efectivamente, y a esta última – Colpensiones – a admitir la afiliación y recibir dichos valores. Pide que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad con PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A se condene a COLPENSIONES y que la actora podrá

solicitar el reconocimeinto de la pensión de vejez conforme lo establecido en la ley 100 de 1993, lo que se pruebe extra y ultra petita y las costas del proceso. (ver demanda en folios 3 a 16 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que es ajeno a esta administradora la información del tiempo, modo y lugar en que le hubiesen brindado la información a la actora y señala que se ceñirá a lo que se logré probar en el presente proceso. También indicó que la carga de probar la información brindada la tienen las AFP´S demandadas y COLPENSIONES no tuvo ninguna incidencia o participación en el traslado de SAMANTHA INÉS HERNÁNDEZ, y aduce que al no encontrarse afiliada a COLPENSIONES no es posible acceder a la información y verificar si cumple o no con los requisitos mínimos para pensionarse. Propuso como excepciones: *prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios* y la *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 98 a 105 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación efectuada por la actora se presentó en virtud de la libre escogencia del régimen que administra sus aportes a pensión, refiere que esta AFP a través de sus asesores comerciales le brindaron toda la información necesaria, integral y completa respecto de las implicaciones de sus decisición del traslado, se le asesoró acerca del funcionaminto, diferencia, ventajajas y desventajas, derecho a la rentabilidad, derecho al retracto, requisitos para acceder al reconocimeinto de la pensión de vejez y demás características entre el RPM y el RAIS. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de*

traslado, compensación y pago y la innominada o genérica (ver contestación en folios 117 a 133 del expediente).

Así mismo contestó la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que la afiliación fue resultado de la voluntad libre, espontánea y sin presiones de la demandante, advierte que no se logra evidenciar soporte alguno que acredite error, fuerza o dolo al momento de la suscripción del formulario de afiliación y más aún cuando la demandante fue informada de manera verbal sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas entre un régimen y otro; advirtió que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios y se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales pues le faltan menos de diez años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones: *prescripción, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.* (ver contestación en folios 152 a 179 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de marzo de 2021[1], mediante la cual el Juez Quince (15) 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 ineficaz o traslado efectuado por la señora demandante SAMANTHA INES HERNANDEZ CUBILLOS, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de la Administradora COLPATRIA, luego asumida estas obligaciones por HORIZONTE y hoy por la demandada PORVENIR, efectuada el día treinta (30) de septiembre del año*

[1] El Juez a través de audiencia (Cd 3 minuto 4:10)- advirtió que, aunque ya se había celebrado la audiencia el 22 de septiembre de 2020, debido a un inconveniente en la plataforma digital no quedó grabada esta audiencia; por lo que tuvo que realizar la reconstrucción de la grabación y volver a celebrar la audiencia para el día 8 de marzo de 2021.

mil novecientos noventa y cuatro (1994), y como consecuencia de lo anterior ORDENAR al fondo COLFONDOS, donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual administradora de Prima Media es decir, a COLPENSIONES, a esta que reactive dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente la afiliación, reciba cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiese trasladado al Régimen de Ahorro Individual, como consecuencia natural de esta ineficacia, de acuerdo lo expuesto en la parte motiva.SEGUNDO: DECLARAR no demostrada las excepciones propuestas por las partes demandadas.TERCERO: SIN COSTAS a favor ni en contra de ninguna de las partes.CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán diligencias al Superior, para efectos de que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta, dada la condición o naturaleza de COLPENSIONE " (CD 3, Hora 1 MINUTO 39:38).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP COLPATRIA S.A hoy PORVENIR S.A no cumplió con el deber de información alegado en las pretensiones de la demanda, quedando claro el incumplimiento al deber de información clara, veraz y oportuna al momento de traslado de régimen, ni siquiera se allegó formulario de afiliación al proceso. Finalmente estimó conveniente no condenar en costas a COLPENSIONES por no tener injerencia en el traslado ni a las AFP´S demandadas.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a COLPENSIONES y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, según lo ordena el artículo 69 del CPTSS modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2007, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en 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 33 años de edad y había cotizado 241.86 semanas[2], 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, 9 meses y 12 días)[3], y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver folio 17 y 46 del expediente).

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

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

---

[2] Ver historia laboral de COLPENSIONES, en Cd 2 del expediente administrativo folio 106.
[3] Ibídem.
[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*

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

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

---

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".

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 la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A además de no respetar el mínimo de permanencia, tampoco demostró haberle brindado información a la actora 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. Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*".

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

"*saneamiento*" la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó el 30 de septiembre de 1994 a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A y posteriormente se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 10 de agosto de 2000, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada – ver folios 44, 180 a 187 del expediente).

El Tribunal conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, adicionará la decisión para ordenar el traslado de rendimientos financieros generados en la cuenta de la demandante, la devolución de los gastos de administración que cobraron los fondos privados durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); 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). Tambien 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 incurrieron los fondos de pensiones.

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. ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar los rendimientos financieros y devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de SAMANTHA HERNANDEZ CUBILLOS a dicho fondo, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

3. SIN COSTAS en la Consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
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 MARTHA DIVER ESPINEL PARRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D. C., treinta (30) días de junio 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 apoderada de la parte demandante contra la sentencia dictada el 8 de abril de 2021 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se NEGÓ la declaración de ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARTHA DIVER ESPINEL PARRA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante el 1° de agosto de 1999, con fundamento en que los asesores del fondo privado omitieron suministrarle información profesional, cierta, suficiente, real, determinante y oportuna para el momento en el que se efectuó dicho traslado, y advirtió que la AFP

PROTECCIÓN reconoció a su favor pensión de vejez en cuantía de un SMLMV a partir del 9 de noviembre de 2016, y debido al error al que fue inducida, ha sufrido un detrimento económico que asciende al valor de $25.014.397 por el menor valor de la mesada reconocida frente a la mesada que le correspondería en el RPM. Como consecuencia de lo anterior, pide que: (i) el fondo privado traslade a COLPENSIONES los dineros y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, sin que se pueda efectuar ningún descuento por concepto de gastos de administración; (ii) COLPENSIONES reconozca el derecho pensional bajo los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 9 de noviembre de 2016; y, (iii) que la AFP pague los perjuicios causados, esto es, el valor que le correspondería en el RPM desde en la que se le reconoció la pensión de vejez y hasta la fecha en que la prestación sea asumida por COLPENSIONES. De forma subsidiaria y de no acceder a la ineficacia de la afiliación, pide que se condene a la AFP PROTECCIÓN a pagar la diferencia de la mesada pensional entre la que hubiera recibido en el RPM frente a la que recibió en el RAIS, desde el reconocimiento del derecho pensional (ver escrito de demanda en páginas 3 a 12 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no está obligada a responder por los errores u omisiones en que hubiera podido incurrir otra administradora de pensiones, máxime si se tiene en cuenta que no tuvo injerencia en el acto de traslado de régimen, y advirtió que la demandante se encuentra disfrutando de una pensión reconocida por su actual administradora (AFP PROTECCIÓN). En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *prescripción*, *inexistencia del derecho y de la obligación*, *cobro de lo no debido*, *no configuración del derecho al pago de intereses moratorios* y *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación de la demanda en los folios 64 a 74 del expediente).

También contestó la demanda SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el fondo privado le suministró a la demandante información precisa, oportuna y suficiente sobre los efectos jurídicos, las características, las prestaciones, las ventajas y las desventajas del RAIS, quedando plasmado en el formulario de afiliación suscrito que la selección de este régimen pensional fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones. Además, advirtió que la actora tiene una situación consolidada en el RAIS, pues goza de pensión de vejez reconocida por PROTECCIÓN S.A. desde el 9 de noviembre del 2016, y que el 14 de septiembre de 2006 recibió una re-asesoría pensional en la cual se le advirtió que no le convenía continuar afiliada en el RAIS. Propuso como excepciones *re-asesoría*, *declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de PROTECCIÓN S.A., 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 y porque afecta derechos de terceros de buena fe*, *improcedencia de declaratoria de nulidad de traslado al RAIS por situación de pensión consolidada, prescripción, compensación y* la *genérica* (ver contestación en folios 96 a 104).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. presentó además demanda de reconvención contra la demandante. Pide que se declare la validez de la afiliación que suscribió la actora en el fondo privado el 18 de junio de 1999 y se le condene al pago de costas; de forma subsidiaria y en caso de declararse la nulidad de la afiliación, pide que se condene a la demandante a reintegrar la totalidad de las sumas de dinero que recibió por concepto de mesadas pensionales junto con los rendimientos e intereses (ver demanda de reconvención en folios 90 a 92).

Notificada de la demanda de reconvención, la apoderada de la demandante la contestó. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que el

traslado de régimen pensional de la demandante no cumplió los presupuestos legales previstos para la eficacia o validez del acto jurídico y actualmente es víctima de un detrimento patrimonial y de una vulneración a sus derechos fundamentales.

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de abril de 2021, mediante la cual el Juez quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la declaración de 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: ABSOLVER a las demandadas AFP PROTECCIÓN y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y en estos términos DECLARAR la procedencia de la pretensión de la demanda de reconvención en cuanto a que se declare eficaz o ajustada a derecho la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora. Para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a UN (1) SMLMV para el año 2021, a favor de cada una de las demandadas. UN (1) SMLMV a cargo de la parte actora. TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable para la señora demandante, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta"* (audiencia virtual del 8 de abril de 2021, hora 1 minuto 44:00).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia explicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, y concluyó que la demandante expresó su voluntad de afiliarse y mantenerse en el RAIS en por lo menos en tres ocasiones: i) cuando efectuó su traslado de régimen pensional, ii) cuando PROTECCIÓN S.A. le suministró una re-asesoría el 14 de septiembre de 2006 (10 años antes de que la actora cumpliera con la edad de pensión), y iii) cuando acudió al fondo para solicitar

su prestación pensional. Además, señaló que de conformidad con lo establecido en la Sentencia SL 373 de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de una persona que adquirió el status de pensionada, como es el caso de la demandante. Finalmente, negó las pretensiones subsidiarias de la demanda, pues las estimó improcedentes en el entendido de que la aplicación de los parámetros que regulan la pensión de vejez en el RPM a la pensión que le fue reconocida en el RAIS implicaría la creación de un tercer régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso la parte actora solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones incoadas. Afirma los documentos que obran como pruebas de la afiliación y de la reasesoría brindada por la AFP no demuestran ilustración sobre las características de los dos regímenes pensionales pues son formatos preimpresos sin un contenido sustancial que evidencie una información objetiva, necesaria y transparente, además -dice- cuando la actora solicitó el reconocimiento del derecho, el funcionario de PROTECCIÓN S.A. le aseguró que no tenía más opciones y no le brindó información adicional. Estimas que no se debe aplicar el criterio jurisprudencial dictado en la Sentencia SL 373 de 2021, pues cuando se interpuso la demanda no se había dictado y el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral concedía a una persona pensionada la ineficacia del traslado y la posibilidad de ser reparada por la omisión de la información de los fondos privados. En caso de que se aplique la jurisprudencia recibida, solicita que condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a reparar los daños y perjuicios causados a la demandante como consecuencia de la información que le fue suministrada de forma incompleta, pues con ello se afectaron sus derechos al mínimo vital y a la vida digna (audiencia virtual del 8 de abril de 2021, hora 1 minuto 45:09)[1].

---

[1] *"Su señoría, dentro de la oportunidad legal procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra el fallo proferido por su despacho, solicitando a los Honorables*

Magistrados del Tribunal que se sirvan revocar la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones incoadas en la demanda. En primer lugar y en cuanto a la ineficacia del traslado, el juez de instancia considera que a pesar de que se sigue manteniendo en el precedente la obligación de probar por parte de los fondos el cumplimiento del deber de información, el cual abarcaba desde el momento de su creación unos alcances específicos (interrupción del video)… en cuanto al incumplimiento al deber de información consideró el despacho que el mismo se encontraba probado, teniendo como fundamento o como prueba los documentos de reasesoría que presenta PROTECCIÓN S.A., indicando además que cumplió esta demandada con el deber de información en tres momentos, los cuales se señalan como el momento del traslado de régimen pensional, el momento de la reasesoría y el momento del reconocimiento de la mesada pensional. Al respecto, diferimos de la apreciación del juzgado, toda vez que, en cuanto al documento de la reasesoría, si se analiza el mismo, en ningún momento este hace referencia a las características o a las formas del reconocimiento de las prestaciones que tiene el Régimen de Prima Media. Simplemente es un formato preimpreso que se diligencia a través de marcar con unas equis unas casillas, pero en ningún momento evidencia un contenido sustancial que (inaudible) a la demandada realmente conocer diferencias de funcionamiento y reconocimiento de las pensiones. Ahí se indica que en el RAIS se reconoce por lo que se ahorra en la cuenta individual, y que en el Régimen de Prima Media el valor se determina por los últimos diez años de cotizaciones y por el cumplimiento de edad y semanas. Por lo que consideramos que el documento de reasesoría no prueba que la demandada haya satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente. En contrargumento de la afiliación, también consideramos que en el proceso no existe prueba siquiera sumaria de que a la demandada se le haya informado las características de los regímenes pensionales, las diferencias. Simplemente es un formato preimpreso, que como bien lo ha reiterado la Corte en senda jurisprudencia, no es prueba de que se haya cumplido con el deber de información. Finalmente, en cuanto al momento del reconocimiento de la pensión tampoco se tiene que haya una prueba respecto a que se le hayan explicado las características de los regímenes pensionales, simplemente mi representado como bien lo manifiesta en su interrogatorio de parte, ante la pregunta de la apoderada de PROTECCIÓN de porqué acepta la pensión mínima, pues ella simplemente accede porque es lo que le informa el funcionario de PROTECCIÓN, que es su única opción y tiene que estar agradecida de que le van a dar una pensión mínima. Ella en ese momento confía en la información que le están dando y por ese motivo no realiza ninguna actuación en ese momento. De manera posterior es que ella se entera de la posibilidad que hay, de acuerdo a la jurisprudencia que estaba en su momento vigente, de interponer un proceso para buscar la desafiliación. En ese sentido consideramos que no se encuentra probado el deber de información y por lo tanto sí debería haber declarado la ineficacia. Si bien, como lo mencioné en su momento en los alegatos de conclusión se reconoce que este año la Corte varió el criterio que venía sentado desde el 2008, respecto a la viabilidad de invalidar el traslado de un régimen a otro cuando (inaudible) un pensionado, solicitamos respetuosamente al Tribunal que se tenga en cuenta los criterios que ha señalado tanto el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia del 4 de mayo del 2012, con radicación número 19001233100019982300001 y la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 406 de 2016, en las cuales se indica o se refiere al cambio de precedentes o prestación nivel tiempo, indicando que (inaudible) -abro comillas- "al momento de proferir su decisión debe establecer, a partir de un análisis fáctico si el cambio de la jurisprudencia resultó definitivo para una posible afectación de derechos fundamentales al modificar las reglas procesales con base en las cuales legítimamente habían actuado los sujetos procesales, y en ese sentido, el juez de conocimiento puede, como excepción a la regla general de la aplicación de la jurisprudencia, inaplicar un criterio jurisprudencial en vigor al momento de proferir el fallo, pero contrario a uno que resultó determinante de la conducta (inaudible) de las partes", circunstancia que acontece en este proceso, pues cuando se interpone la demanda el criterio jurisprudencial que llevaba el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral permitía que una persona pensionada fuera reparada por esa omisión de la información concediendo la ineficacia. En ese orden de ideas, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que se tenga en cuenta criterios señalados anteriormente. Ahora bien, en caso de que se considere que no es procedente aplicar la ineficacia, solicitamos de igual manera que se acceda a la pretensión subsidiaria, pues contrario a lo que manifiesta el juez de instancia, indicando que lo que se

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que la demandante recibe desde el 9 de noviembre de 2016 pensión de vejez reconocida en el RAIS (por PROTECCIÓN S.A.) por Garantía de Pensión Mínima Temporal, en cuantía de un SMLMV, la cual tendría el carácter de definitiva con el cálculo del bono pensional una vez se cumple el término para su redención el 9 de noviembre de 2019 (ver comunicación del 5 de junio de 2017, a través de la cual se informa el reconocimiento pensional, contenido en los folios 26, 27 y 111 del expediente).

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

---

pretende es crear un tercer modelo pensional, en aplicación de la misma jurisprudencia reciente de la Corte, la SL 373, la Corte señaló, específicamente, -abro comillas- que "lo anterior no implica que el pensionado que considere lesionado su derecho no pueda obtener una reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual, quien comete un daño por culpa está obligado a repararlo. Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información y por ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. El artículo 16 de la Ley 446 del 98 consagra el principio de la reparación integral en la valoración de los daños (inaudible) principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función a esta apreciación adoptar las medidas compensatorias que estime convenientes, según la situación particular del afectado". En este orden de ideas consideramos que esa forma de compensar el daño y los perjuicios que generó PROTECCIÓN al no haber dado una información real, oportuna, suficiente, cierta, comparada, y que generó la lesión de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de mi representada, que ese perjuicio sea compensado con una equivalencia en el pago de la mesada pensional, que hubiese obtenido de no haber sido inducida en error. En este orden de ideas, honorables magistrados, dejo sustentado este recurso, solicitando que se revoque el fallo de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda".

(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 al expediente que para la fecha en que la demandante se afilió al Fondo de

Pensiones tenía 39 años de edad y había cotizado 508,14 semanas[2], para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 3 meses y 13 días)[3], y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado la edad mínima de pensión en el RPM (tenía 59 años de edad – ver folio 13 del expediente).

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

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

---

[2] Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por dicha entidad en el expediente administrativo (CD 1).

[3] Ibídem.

[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*".

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

Más recientemente esa misma Corporación, en la sentencia SL 373-2021, recogió de forma explícita el criterio que había expresado con anterioridad, y señaló que NO procede la declaración de ineficacia cuando quien la reclama está pensionado en el RAIS, pues *"la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (…) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto"* (ver SL 373-2021, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el caso bajo estudio se trata de una persona que adquirió el status de pensionada en el RAIS desde el mes de noviembre del año 2016, con beneficio de garantía de pensión mínima temporal.

En consecuencia y acatando el cambio jurisprudencial referido -vigente en la fecha de esta sentencia-, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, advirtiendo que es improcedente la pretensión subsidiaria dirigida a que el fondo demandado pague la diferencia de la mesada pensional que se hubiera reconocido en el RPM frente a la que percibe en el RAIS, pues los dos regímenes pensionales son excluyentes, y por ello, no resulta válido obtener los beneficios favorables que a cada uno corresponden (prestación definida en el RPM vs garantía de pensión mínima en el RAIS). Se debe señalar, además, que en la demanda se reclamó la declaración de ineficacia del traslado con la reparación de los perjuicios que se pudieran generar por dicha situación y dicha declaración no prosperó.

Pero de todas formas ningún perjuicio se podría derivar de una situación jurídica que consolidó válidamente conforme las normas legales -según lo definió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia-.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

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 a cargo de la parte demandante.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D. C.

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE OSCAR ANTONIO RIAÑO MALAVER CONTRA LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – ESP.

Bogotá D. C., Treinta (30) días de junio 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 en la fecha para estudiar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OSCAR ANTONIO RIAÑO MALAVER presentó demanda contra LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – ESP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que es beneficiario de la Convención Colectiva suscrita el 24 de noviembre de 2015 entre el empleador y el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS CORPORACIONES AUTONÓMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIOS DE COLOMBIA *“SINTRAEMSDES”*, y por ello tiene derecho a que su contrato de trabajo sea de término indefinido. Pide que se condene a la entidad demandada a que *“inserte”* al contrato la modalidad de término indefinido y se reconozcan los beneficios convencionales pactados, incluyendo el derecho al reintegro o al pago de la indemnización por despido sin justa causa, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido, afirma que se vinculó a la EAAB ESP mediante contrato de trabajo de término fijo el 2 de enero de 2013 en el cargo de *Tecnólogo Operativo Nivel 32*, contrato que se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015, y el 2 de diciembre de 2015 suscribió nuevo contrato a término fijo que se ha venido prorrogando de manera ininterrumpida en el mismo cargo *Tecnólogo Operativo Nivel 32* hasta el 31 de diciembre de 2019 (6 años), en trabajos que no eran ocasionales, transitorios ni de obra o labor. Aduce que la Convención Colectiva dispone una vinculación a término indefinido y por ello su estabilidad no está sujeta al concurso de méritos convocado para cargos que ocupaban trabajadores que ingresaron con posterioridad a la firma de la Convención. Señala que la EAAB abrió concurso para proveer el cargo que ocupa desconociendo que se encuentra vinculado, en realidad, a término indefinido, conforme al acuerdo convencional (folios 2 a 22).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – ESP mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que en la *Convención Colectiva* la empresa se comprometió a vincular a todos sus trabajadores oficiales a término indefinido, previo concurso de méritos con los criterios de escalafón, y que el contrato a término fijo del actor corresponde a la planta de personal aprobada por la Junta Directiva mediante acuerdo No. 24 del 20 de noviembre de 2015 y por ello se encuentra sujeto a provisión mediante concurso de méritos. Refiere que la EAAB ESP está cumpliendo a cabalidad el proceso de vinculación de trabajadores según lo dispuesto en la convención colectiva de trabajo. Propuso las excepciones previas de *ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones* -no prosperó- (Cd 4 min. 7:50) y de fondo las denominadas *buena fe, prescripción e inexistencia del derecho.* (folios 123 a 147).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de diciembre de 2020, mediante la cual se declararon probadas las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y se absolvió a la demandada de todas

las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión el Juez consideró que la vinculación del demandante a término indefinido procederá cuando apruebe el concurso al que bien se pudo inscribir. La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: ABSOLVER a la demandada la empresa de ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP de todas las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor Óscar Antonio Riaño Malaver y en estos términos declara demostradas las pretensiones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación conforme se expuso en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo la suma de 1 salario mínimo legal vigente para el año 2020. TERCERO: si la presente providencia no fuera impugnada y dado pues el resultado desfavorable para la actora se remitirán las diligencias al superior para que la revisen en el grado jurisdiccional de consulta.* (CD 4 Hora 1 Minuto 30:51).

RECURSO DE APELACIÓN.

En el recurso, el apoderado del demandante aduce que el concurso para proveer el cargo que ocupa fue abierto en el año 2019, con lo cual se violó el término de 15 meses dispuesto para el efecto, y en esa circunstancia, dado que el régimen de transición desapareció, se debe dar aplicación al artículo 57 de la Convención cuyo inciso segundo estableció para los trabajadores que tuvieran vinculación con la entidad que el contrato de trabajo sería de término indefinido, y al inciso segundo del parágrafo del artículo 58 que prohibió a la empresa mantener contratos de término fijo salvo para trabajo transitorio o de duración de obra o labor contratada[1].

[1] *"Gracias señor Juez, muy respetuosamente manifiesto que contra la anterior decisión interpongo el recurso de apelación ante la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a fin de obtener que esta sea revocada en su totalidad y en su lugar se acojan todas y cada una de las súplicas invocadas en la demanda. Sustento por ahora el recurso en las siguientes razones, muy atinadamente el señor Juez interrogó al representante legal de la demandada sobre la situación que se presentaba frente al trabajador para el día de hoy y lo que hizo el señor Juez considero yo esa pregunta es que conforme al artículo 49 de la Convención Colectiva se hace alusión al régimen de transición que contiene el artículo 49 y siguientes, ese régimen terminó el día de ayer, el día 30 de noviembre, luego ya, hoy no existe en la empresa régimen de transición eso fue lo acordado, eso fue lo pactado en la Convención Colectiva de trabajo, desafortunadamente en la sentencia se hizo alusión al 30 de noviembre del año 2020 pero no se hizo alusión a ¿Cuál es el resultado ? ¿Cuál es la conclusión a la cual se debe arribar con el vencimiento de este término? Allí en el artículo 49 se dijo que se creaba*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) la suscripción de contratos de trabajo a término fijo con iniciación de labores el 2 de enero de 2013 en el cargo de Tecnólogo Operativo Nivel 32 (folios 4 y 5); y (ii) que el demandante se encuentra afiliado al sindicato SINTRAEMSDES y se beneficia de la Convención Colectiva de trabajo. Estos

---

un régimen de transición por 5 años, y dentro de esos cinco años se dijo que los concursos no podían exceder de 15 meses, la Convención se celebró el 25 de noviembre del año 2015, luego los 15 meses vencieron aproximadamente en abril o mayo del año 2016 y no había la empresa demandada abierto concurso alguno, el concurso se abrió a partir del momento que los trabajadores empezaron a presentar la reclamación administrativa para tener que sus contratos fueran a término indefinido, fue en ese momento cuando la empresa se dio cuenta del grave error, de la gran equivocación, el agravio misión en que incurrió al no haber abierto el concurso dentro de los 15 meses. El señor Juez en sentencia, honorables magistrados no tuvo en cuenta ese terminó, la parte demandada acreditó que hizo apertura de los concursos con la Universidad Nacional, que entre otras cosas ya sabemos, en la rama jurisdiccional se conocen cuáles son los resultados de los concursos que realiza la Universidad Nacional y el concurso de la universidad nacional fue abierto Sólo hasta el año 2019, esto es después de casi 4 años de celebrada la Convención Colectiva, es decir que se violó el término de los 15 meses para abrir el concurso. En tales circunstancias honorables magistrados, el término de transición desapareció en el día de ayer, el día 30 de noviembre, hoy estamos a 1 de diciembre, por ende, se debe dar aplicación total y cabal al artículo 57, mediante el cual, en su inciso segundo, se dijo que los trabajadores que actualmente están vinculados, su contrato sería a término indefinido y además en el inciso segundo del parágrafo del artículo 58 le prohibió a la empresa mantener contratos a término fijo con trabajadores que no obedecieron a las anteriores circunstancias y en la sentencia no se analizó que el trabajador no está inmerso en ninguna de esas cuatro causales, por ende su contrato no puede ser a término fijo, debe ser a término indefinido. El señor Juez dice en su sentencia, que no resulta atendible que se hubiera pactado en la Convención que los trabajadores actualmente vinculados, su contrato sería a término indefinido. esa valoración muy respetablemente considero que no es acertada porque precisamente el artículo 49 inciso primero del artículo 57 que mencioné en los alegatos de conclusión, hace alusión al ingreso a la vinculación de trabajadores, es decir, para los nuevos para los trabajadores que ya venía laborando su contrato conforme a lo pactado, en forma clara, expresa y por demás taxativa y concluyente sus contratos serán a término indefinido, recordé en mi alegato de conclusión, que desafortunadamente esa palabra no se tuvo en cuenta en la sentencia, habla de vinculación, o sea personas que se quieran vincular, el artículo 49 hace alusión a la palabra ingreso es decir los que están por fuera de la empresa debían participar en el concurso, en consecuencia honorables magistrados el régimen de transición desapareció en el día de ayer y por ende, es viable, procedente y necesario darle estabilidad al trabajador, una Convención no puede girar en torno a la inestabilidad, la inseguridad del trabajador, este no puede ser nunca el objetivo de una convención en la interpretación que se le debe dar una Convención, siempre se debe primar por la estabilidad del trabajador y por ende, es viable, necesario y procedente que se aplique el principio de la prevalencia de la interpretación de la norma en favor del trabajador, a quién no ha ocurrido, se dio aplicación a una norma que ya dejó de tener vigencia como es el régimen de transición y por el contrario, se desconoció el derecho que tiene el demandante y todos los trabajadores que están afiliados a la organización, a las organizaciones indicarles a tener una estabilidad laboral, esa es una palabra clave honorables magistrados, el trabajador necesita estabilidad laboral, que se garantice a través de la firma de la Convención, la Convención no puede quedarán en incertidumbre. En los anteriores términos solicito honorables magistrados revocar la decisión de primera instancia. Muchas gracias".

hechos se corroboran con los documentos aportados en folios 156 a 172 Cd 1, folio 99.

El Tribunal debe definir si conforme a la Convención Colectiva suscrita por SINTRAEMSDES y la EAAB el 24 de noviembre de 2015, su vinculación es de término indefinido.

Para el efecto el artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo (2015-2019), para garantizar la estabilidad en el empleo, dispuso que *"todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores serán celebrados a término indefinido"* previo un concurso de méritos, y el artículo 58 estableció la posibilidad de vinculación a término fijo cuando se trate de contratos de trabajo por obra o labor contratada, o para cubrir vacantes temporales[2] (folio 54).

---

[2] Artículo 57 *"CLASE DE CONTRATO. Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndese que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La Empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón. Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. PARÁGRAFO 1. Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones si no las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días: cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley.*

ARTÍCULO 58 CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TERMINO FIJO. La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente. De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan. Así mismo se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar. PARÁGRAFO. Lo anterior sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica. En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento".

Para implementar dichas normas, las partes acordaron, en el artículo 49 de la convención, un régimen de transición que permitiría los ajustes pertinentes en el término de 5 años, contados desde el 1º de diciembre de 2015[3], y dispusieron expresamente en el artículo 51 la posibilidad de continuar con vinculación en la modalidad de vinculación a término fijo, para trabajadores como el demandante que venían vinculados con anterioridad a la convención y que laboraban "*en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios de acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo"*[4]*.*

En este último texto se definió cuál sería el término inicial de duración de dichos contratos de término fijo que continuarían en la planta de personal, sin prohibir o limitar la posibilidad de prorrogar dichos contratos, en los términos en los que lo autoriza la Ley.

Con estas premisas normativas se advierte de las pruebas aportadas que la convención colectiva (2015- 2019) fue suscrita el 24 de noviembre de 2015, fecha en la cual el demandante se encontraba vinculado a la EAAB ESP mediante contrato a término fijo que había iniciado el 2 de enero de 2013, y que dicho contrato fue prorrogado por *"la vigencia de la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueductos y de gestión social de la empresa"* -según memorandos- hasta el 30 de noviembre de 2015 (folio 156 a 163); en

---

[3] *"Artículo 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La empresa de acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un régimen de transición para la vinculación de personal por un período de cinco (5) años el cual inicia a partir del 1º de diciembre de 2015 y termina el 30 de noviembre de 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB- ESP." (…) "Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicará las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo".*

[4] *Artículo 51: Los contratos a término fijo celebrados por la EAAB ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. las partes acuerdan que a partir del 1 de diciembre de 2015 los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios de acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la planta oficial definitiva de la EAB- ESP por un término inicial de trece (13) meses que ira desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016.*

consonancia con lo acordado en el texto convencional, el 2 de diciembre de 2015 se suscribió otro contrato de trabajo a termino fijo el cual mediante ***otrosí*** se ha venido prorrogando hasta el 11 de diciembre de 2019 (documental a folios 167 a 172) en los términos pactados (término inicial de 13 meses, prorrogables durante la vigencia del denominado régimen de transición hasta el 30 de noviembre de 2020)[5].

Así las cosas, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó la pretensión de modificación automática del contrato del demandante a término indefinido, pues tal consecuencia no se deduce del texto ni del espíritu de las normas convencionales. En tales acuerdos se implementó el acceso a los cargos por el Sistema de Méritos, como lo ordena la Constitución Política, para lo cual se dispuso en el artículo 53 expresamente dicha condición[6].

Como no cabe la interpretación que propone la demanda al texto convencional, no procede la aplicación del principio de favorabilidad. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que *"en aras de desentrañar la voluntad de los contratantes, las convenciones colectivas de trabajo constituyen un todo y, por tanto, su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes"* (sentencia CSJ SL17030-2016). El texto del acuerdo y la finalidad del mismo buscaban implementar el acceso a los cargos por el Sistema de Mérito, para que *todos* los trabajadores con contrato a término fijo pudieran acceder a la modalidad de término indefinido, previa la aprobación de un concurso al que -dicho sea de paso- se presentó el

---

[5] Nótese que las condiciones en que OSCAR ANTONIO RIAÑO fue vinculado se ajustan a lo establecido en el artículo 51 de la Convención Colectiva de Trabajo pues la planta transitoria vencía el 30 de noviembre de 2015 -fecha en la que finalizó el contrato suscrito inicialmente- y fue contratado el 2 de diciembre de 2015 (folios 167 y 168) mediante contrato a término fijo para desempeñar el cargo de Tecnólogo Operativo Nivel 32 en le Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente, como lo autorizaba la convención por ser ese cargo de la planta provisional anterior.

[6] *Artículo 53: CONCURSO DE MÉRITOS POR ÚNICA VEZ PARA PROVEER LAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL. Por una única vez la EAB- ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en 3 convocatorias …".*

demandante según certificación expedida por la Universidad Nacional (folios 210 a 217).

CONVOCATORIA	DENOMINACIÓN DEL CARGO	NIVEL	ESTADO	RESULTADO PRUEBAS CONCURSO
G2-32-099-46	Auxiliar Administrativo	32	Admitido	65.67
G2-31-077-46	Tecnólogo Administrativo	31	Admitido	87.35
G2-32-093-46	Auxiliar Administrativo	32	Admitido	84.12
G2-40-150-60	Auxiliar Técnico	40	Admitido	79.06
G2-32-137-13	Tecnólogo Operativo	32	Admitido	90.33

El Tribunal no se puede pronunciar sobre una eventual demora en la iniciación del proceso de selección por el sistema de mérito porque este asunto no fue objeto del debate planteado en primera instancia y obedece a hechos ocurridos con posterioridad al trámite procesal y probatorio de primera instancia. En la demanda no se plantearon hechos ni pretensiones encaminada a estudiar las falencias o las consecuencias de una eventual mora en la apertura del concurso.

Correrá la misma suerte lo reclamado en los alegatos de conclusión del apoderado del demandante, en cuando refirió como no apreciado el Acuerdo No. 24 del 20 de noviembre de 2015 por medio del cual se creó una planta de 1193 cargos de trabajadores oficiales a término indefinido, que incluyó el de Técnico Operativo Nivel 32, entonces ocupado por el actor, sin exigir para su ingreso la participación en un concurso de mérito (folios 199 a 208). Pero de todas formas, la Sala considera conveniente precisar que en el citado Acuerdo 24 de 20 de noviembre de 2015 (folios 199 a 208) se convino *"crear en la EAAB una planta de 1193 cargos de trabajadores oficiales a término indefinido para garantizar la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua, las cuales eran ejecutadas a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial"*, y ello no excluye la posibilidad acordada en virtud de los artículos ya referidos de la convención y del régimen de transición, estipulado en el mismo acuerdo convencional, de dar continuidad a la modalidad de término fijo en que venían vinculados quienes ocupaban cargos como el de *Tecnólogo*

Operativo Nivel 32, que resulta ser propio de la *"prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social"* según el artículo primero del Acuerdo 24 de 2015 (folio 199 a 203), mientras se adelanta el concurso de méritos para su provisión definitiva en la modalidad de término indefinido.

Costas en la apelación 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 en consulta.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCUYASE en la liquidación de COSTAS la suma de $200.000 como agencias en derecho de segunda instancia.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado