

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ ÁNGELA CANO FRANCO 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2021 por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se NEGÓ la anulación o 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).

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus, 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 por la Representante Legal Suplente de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (ver folio 191 vto).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ ÁNGELA CANO FRANCO 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 o ineficiencia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en el mes de enero de 1999, con fundamento en que NO obedeció a una decisión informada, autónoma y consciente, si se tiene en cuenta que no se le brindó información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que se impactaría la mesada pensional, y advirtió que el 1° de febrero de 2018 aceptó la pensión que le ofreció la AFP PORVENIR, para poder retirarse y disfrutar de su merecido descanso. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare su afiliación en el RPM, administrado por COLPENSIONES, y se trasladen a dicha entidad todos los aportes efectuados por al demandante en el RAIS (ver escrito de demanda en los folios 38 a 44 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 la demandante se afilió de forma voluntaria a la AFP PORVENIR S.A. y no probó la existencia de vicios en el consentimiento por error, fuerza o dolo para el momento en el que operó el traslado de régimen, pero de todas formas, estima que la permanencia durante 20 años en el RAIS subsanó cualquier tipo de error que se hubiese podido presentar. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, y la innominada o genérica* (ver contestación en los folios 60 a 66 y subsanación en los folios 136 a 141 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante es un acto válido que se suscribió de

manera libre, espontánea y sin presiones, luego de recibir asesoría integral y completa sobre las implicaciones de su decisión, y advirtió que la demandante durante su permanencia en el RAIS (20 años), realizó actos que ratifican su conocimiento sobre las características y beneficios de dicho régimen pensional. 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 que emitió y pagó el bono pensional tipo A de la pensionada, y propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, prescripción, falta de causa para pedir, buena fe* y la *innominada o genérica* (ver contestación en folios 109 a 120).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. presentó además demanda de reconvención contra la demandante. Pide que en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS, se le condene a restituir las mesadas pensionales que ha recibido desde febrero de 2018, debidamente indexadas (ver demanda de reconvención en folios 118 a 120).

Notificada de la demanda de reconvención el apoderado de la demandante la constestó. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que la actora recibió las mesadas de buena fe, movida por la necesidad básica de satisfacer su mínimo vital en su condición de persona de la tercera edad, lo que de todas formas es consecuencia de la falta de información de la AFP PORVENIR S.A., que le impidió tomar una decisión consciente. Propuso como excepciones: *buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido* y la *declaratoria de otras excepciones* (ver folios 130 a 131).

Mediante auto proferido en audiencia celebrada el 20 de agosto de 2019, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá dispuso la integración del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES al proceso, bajo la figura de *litisconsorte cuasinecesario* (ver

cuaderno de segunda instancia, CD 2 y acta en folio 48), entidad que NO contestó la demanda (auto proferido por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de febrero del año en curso, ver folio 166).

Terminó la primera instancia con sentencia de 8 de marzo de 2021, mediante la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la anulación o 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 resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la señora LUZ ÁNGELA CANO FRANCO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.626.695. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de “inexistencia de la obligación” que fueron alegadas por las demandadas, y por el resultado de la litis se abstiene el Despacho de pronunciamiento frente a los demás medios exceptivos. TERCERO: CONDENAR en costas de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por Secretaría incluyendo los montos de TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$300.000) y DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$200.000), como valor de las agencias en derecho en favor de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente”* (audiencia virtual, CD 6, minuto 53:58).

Para tomar su decisión, el 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 de pensionado, advirtiendo que en el caso bajo estudio se constituyó la litis entorno a la indemnización de perjuicio.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la parte demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia. Afirma que en el RAIS a la demandante le correspondió una pensión de \$1.500.000, cuando en el RPM le correspondería una pensión superior a \$5.000.000, diferencia que no le fue informada para el momento en el que operó el traslado de régimen. Estima que la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 373 de 2021 es injusta, pues si bien reconoce el incumplimiento del deber de información por parte de los fondos privados, castiga a los ciudadanos que tuvieron que solicitar el reconocimiento pensional al acercarse a la edad de pensión para garantizar su mínimo vital y percibir un ingreso. Además, considera que no se puede aplicar la referida jurisprudencia, pues en ella se estudió la solicitud de ineficacia de traslado de una persona que interpuso la demanda laboral después de percibir durante 8 años la pensión en el RAIS y en este proceso la demandante presentó la demanda ordinaria laboral un mes después del reconocimiento pensional porque no contaba con un medio para garantizar su subsistencia (audiencia virtual, CD 6, minuto 55:00)¹.

¹ *“Sí señor juez. Con el debido respeto manifiesto que inerpongo recurso de apelación ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Yo hago un llamado a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y también al señor Juez 16 Laboral del Circuito, como a todos los jueces, en el entendido que la jurisprudencia debe tener un carácter dinámico. Entiendo que todo el discurrir que usted hizo para llegar a la conclusión de que por la reciente jurisprudencia de febrero de 2021 que tuvo la Corte Suprema de Justicia, no podía conceder las pretensiones de esta demanda, básicamente si la señora Luz Ángela Cano Franco se hubiera quedado privada de su mínimo vital, privada de cualquier tipo de ingreso, en estos momentos estaría respetando la línea que el señor Juez 16 Laboral del Circuito juiciosamente nos relató desde el año 2018, y que incluso continúa vigente, porque es que la sentencia SL 373 de 2021, tan polémica y tan multicitada por la prensa, no cambió en nada la línea jurisprudencial sobre lo que es la ineficacia de régimen. Sí tomó una posición muy controversial, y para ello la jurisprudencia debe ser dinámica, y creo que es deber de todos los abogados litigantes, de los ciudadanos, de la jurisprudencia que también generan ustedes como jueces y los Magistrados del Tribunal, pues digamos que envían mensajes al órgano de cierre de la Justicia Ordinaria Laboral, para que cambie sus decisiones cuando son injustas. En este caso, y en el de los demás ciudadanos que se vayan a decidir con base en esa regla de decisión, básicamente se está castigando al ciudadano que solicita que se le reconozca y pague una pensión de vejez, cuando tiene más de 60 años y no tiene otro medio de subsistencia. Es que eso es realmente lo que se está castigando en este caso porque le reitero al señor juez para futuros casos, a los Magistrados del Tribunal que van a revisar este caso, y eventualmente a la Corte Suprema de Justicia, que si la señora Luz Ángela no hubiese pedido la pensión, le estarían declarando la ineficacia. Hace 3 años que demandó, tenía la señora Luz Ángela Cano privada 3 años de su mínimo vital?, tenía que acudir a pedirle subsidios al Estado cuando ella tiene unas cotizaciones que le daban una garantía de un mínimo vital, más no jamás de una subsistencia congrua. Porque es que como quedó acreditado en el proceso PORVENIR le dio una pensión de \$1.500.000 cuando realmente debería estar recibiendo una pensión de más de \$5.000.000 que es la mesada que el RPM le ofrecía. Básicamente si a la señora LUZ ÁNGELA CANO le hubieran advertido en su momento que las diferencias hubieran sido tan grandes, jamás se*

habría trasladado. Incluso el mismo juzgador lo está dando por sentado. En este momento se está repitiendo el mismo error de justicia que cometió la Corte Suprema que está citándose de la sentencia SL 373 de 2021, y es sí, efectivamente a usted lo engañaron, a usted no le dieron toda la información, a usted lo llevaron a trasladarse a un régimen que no le convenía, pero, yo no puedo ir a afectar al resto de actores del Sistema, y usted debería reclamar una indemnización de perjuicios. Eso no está acorde con la Constitución de 1991, ni con los presupuestos del Estado Social de Derecho, que en justicia en nuestro Sistema Jurídico se acepte una tamaña injusticia como es que una persona esté recibiendo una mesada pensional muy inferior a la que legalmente debería tener derecho, para eso no se hizo la justicia del trabajo. Ahora, yo invito a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que van a analizar este caso, que se pueden apartar de esta reciente jurisprudencia porque es que la regla de decisión no es absoluta ni es aplicable a todos los casos de los pensionados. Hay una diferencia fáctica fundamental. El caso que analizó la sentencia SL 373 de 2021, es el de un ciudadano que en el año 2008 solicitó una pensión de vejez a un fondo privado de pensiones, en el caso específico de la jurisprudencia citada, es al fondo PROTECCIÓN, y este ciudadano entre el año 2008 y el año 2016, 8 años estuvo recibiendo pensión. En el año 2016 fue cuando él demandó, en el año 2018 se produjo el fallo de primera instancia que le dio la razón, y solo hasta el año 2021 le resolvieron la casación. No es lo mismo la situación fáctica de la sentencia SL 373 de 2021, en la que un ciudadano se pensiona en el año 2008, dura 8 años recibiendo pensión y ahí si acude a la justicia ordinaria, que lo que le sucedió a la señora LUZ ÁNGELA CANO FRANCO, la señora LUZ ÁNGELA CANO FRANCO en enero de 2018 no tenía ningún medio de subsistencia distinto a la pensión que le podía ofrecer PORVENIR. Por eso la tuvo que aceptar inmediatamente demandó. Ella no se quedó 8 años como el ciudadano de la sentencia SL 373 de 2021, recibiendo pensión y luego tratar de mover todos los actores del Sistema General de Pensiones para regresar al RPM, anular la renta programada que había contratado, y tener ahora una pensión en el RPM. Es una situación fáctica totalmente distinta. Y es que lo que llamo la atención del Tribunal Superior de Bogotá es que entonces están condenado a las mujeres cercanas a los 57 años, y a los hombres cercanos a los 62 años, que si quieren llegar a aspirar a una pensión que esté en correspondencia congrua con lo que era su IBC y su mesada pensional, es decir, una pensión del RPM porque es la única que cumple con estas características, entonces tienen que someterse a los juicios ordinarios laborales privados de cualquier medio de subsistencia. Eso no es justo, y eso no puede el derecho laboral moverse hacia allá, entiendo que en estos momentos la causa que defiendo, está en contra de lo que es esta reciente jurisprudencia, que espero será sometida a un riguroso análisis constitucional en sede de tutela, y que espero voy a ver si la Corte Suprema de Justicia sigue manteniendo esta regla que con todo respeto es absurda, porque le reitero, cuando un ciudadano esté próximo a pensionarse, no tenga trabajo, y quiera regresar al RPM, le toca aguantarse un juicio laboral privado de su mesada pensional. Es que señor juez, esto empezó hace tres años, tres años tenía que estar la ciudadana privada de su mesada pensional para tener una sentencia de primera instancia. Cuántos años va a durar ahora el Tribunal Superior de Bogotá en resolver esto, y si llega esto a la Corte Suprema de Justicia, un juicio laboral que llega en casación a Colombia puede tardar entre 5 y 10 años, entonces los ciudadanos mayores tiene que estar sometidos a no tener un ingreso para que le puedan declarar una ineficacia del traslado. Considera que se está haciendo una interpretación equivocada de esta regla de decisión, creo que de hecho esto ha sido una de las grandes falencias de nuestra construcción de línea jurisprudencial, y es que se toman las reglas de decisión y se acomodan a patrones fácticos distintos. Lo repito, el patrón fáctico de la sentencia SL 373 de 2021 no es el mismo de la situación fáctica que se está generando en el caso de la señora LUZ ÁNGELA CANO, si bien se está hablando de dos pensionados que están tratando de regresar al RPM, no es justo ni es decente en la justicia del trabajo, que se considere lo mismo una persona pensionada desde 2008, que solo acude a la demanda en el año 2016, a una persona que le toca aceptar una pensión en febrero de 2018 e inmediatamente no pasa un mes y ya está acudiendo a la justicia del trabajo. Entonces en esa medida yo le invito al Tribunal Superior de Bogotá que, en uso del artículo 230 de la Constitución Nacional, emita una sentencia en equidad, con sentido de equidad, apartándose con la debida argumentación de la sentencia SL 373 de 2021 porque la situación fáctica no es la misma, y porque no puede hacer carrera al interior de la justicia laboral de nuestro país, que a los ciudadanos se les obligue a atender los juicios privados de cualquier tipo de subsistencia. Con

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.) bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía inicial de \$1.635.443 y sobre 13 mesadas anuales (ver comunicación de 12 de febrero de 2018, a través de la cual se informa el reconocimiento pensional, contenido en los folios 102 a 104 del expediente, y certificación de 14 de marzo de 2018 obrante a folio 32 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).

esto concluyo, si la señora LUZ ANGELA CANO se hubiera quedado sin devengar absolutamente nada, tal vez teniendo que aguantar hambre o tal vez teniendo que acudir a pedirle subsidios al Estado, hoy el Juez 16 Laboral del Circuito estaría aplicando la línea jurisprudencial que no cambió la Corte en la sentencia SL 373 de 2021, y estaría declarando la ineficacia del traslado de régimen. Con esto lo único que están haciendo es castigar a las personas que piden y aceptan una pensión ilegal y muy inferior a lo que deberían estar recibiendo, para poder atender un juicio de estos, que entre otras cosas es terriblemente largo. Hace 3 años inició este juicio, eran 3 años entonces que la señora LUZ ÁNGELA CANO FRANCO tenía que estar privada de su medio de subsistencia para haber podido tener una sentencia favorable. Yo espero que eso se pueda revertir. Con el debido respeto señor Juez también se lo señalo a usted, espero que mis argumentaciones en algo sean consideradas para usted para la evaluación de futuros casos, porque definitivamente la estafa masiva a la que sometieron a la sociedad colombiana a finales de la década del 90 y a principios de la década del 2000, no se va a terminar con esta sentencia SL 373 de 2021, y la sociedad colombiana necesita que los jueces laborales le respondan y le sigan ayudando como lo hicieron entre el año 2008 y el año 2021 con la línea jurisprudencial que sí declara la ineficacia del traslado ”.

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 44 años de edad y había cotizado 389.29 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por dicha entidad en el folios 55 a 59 del plenario, y bono pensional aportado por PORVENIR S.A., que certifica los tiempos laborados por la demandante en el sector público que no fueron cotizados al ISS, hoy COLPENSIONES, en folios 75 y 76 del expediente.

de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 4 meses y 24 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado la edad mínima de pensión en el RPM (tenía 63 años de edad – ver folios 2 y 145 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 para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

Más recientemente esa misma Corporación, en la sentencia SL 373-2021, recogió de forma explícita el criterio que había expresado con anterioridad y

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”.*

señaló que NO procede la declaración de ineficacia cuando quien la reclama ha sido *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, bajo la modalidad de retiro programado.

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 la Corte Suprema de Justicia no condición la aplicación del precedente judicial referido al tiempo que haya transcurrido entre el reconocimiento pensional y el momento en el que se interpuso la demanda; y que en éste proceso se resolvieron todas las materias que fueron objeto de la demanda, pues en ella se reclamó la declaración de ineficacia del traslado y dicha declaración no prosperó.

COSTAS en la apelación a cargo de la parte demandante.

DECISION

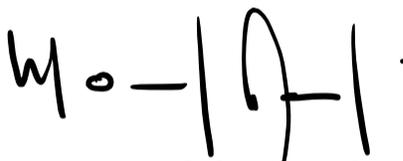
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

EXP. 16 2018 00194 02

Luz Ángela Cano Franco Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro

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

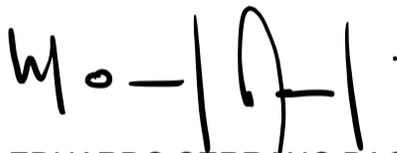
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE ALBA LUCÍA JAUREGUI RICO 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 los recursos de apelación interpuestos por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de ésta última entidad a la sentencia dictada el 9 de abril 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 Brigitte Natalia Carrasco Boshell, quien se identifica con T.P.288.455, para actuar como apoderada de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido. Así mismo, téngase a las doctoras María Camila Bedoya García, quien se identifica con T.P. 288.820, y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con T.P. 288.820, para actuar como apoderadas principal y sustituta,

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

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ALBA LUCÍA JAUREGUI RICO 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 la demandante en el mes de diciembre de 1999 y, subsidiariamente, se declare solidariamente responsables a 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.) de los perjuicios causados por el traslado de régimen. Las anteriores pretensiones fueron fundamentadas 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 OLD MUTUAL (hoy SKANDIA), pues esta AFP no informó, entre otras, cuál sería la proyección pensional en ambos regímenes y cuál de éstas le era más favorable, la rentabilidad de los portafolios, la reducción de los costos de administración ni que con el traslado el asesor ganaría una comisión, información que tampoco fue recibida por parte de COLPENSIONES, lo que provocó el engaño y la ausencia de una decisión libre y voluntaria, lo cual se repitió al momento de trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. en julio de 2002, momento en que no se le indicó si le sería más favorable regresar al RPM o continuar en el RAIS. Además, no le advirtieron antes de cumplir los 47 años, que podía regresar al RPM. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación de la demandante en COLPENSIONES sin solución de continuidad y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro

individual o que las referidas administradoras del RAIS paguen a título de indemnización la diferencia entre el mayor valor de la pensión que le correspondería en el RPM frente a la que le sea reconocida (ver demanda en los folios 43 a 60 y 66 a 82 del expediente).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA) mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que su representada siempre ha realizado las afiliaciones y los actos jurídicos relacionados con dicho procedimiento de forma legal, con base en los parámetros establecidos y la normatividad que regula a las AFP a través de personal idóneo y debidamente capacitado, máxime cuando posteriormente la demandante efectuó nuevo traslado dentro del mismo régimen, 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 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. Por último, aseveró que no se acreditó un daño cierto como elemento esencial para que proceda la indemnización de perjuicios pretendida. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *buena fe, genérica, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y pago* (ver contestación en los folios 105 a 112 del expediente).

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 en su contra, alegando que la afiliación de la demandante a dicha entidad se efectuó por un traslado horizontal, que ratificó la voluntad de mantenerse en el RAIS. 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 12 de junio de 2017, la obligatoriedad de brindar información se encuentra expresamente consagrada a partir del 1 de julio de 2010 y no antes y, por el contrario, la afiliada a faltado a su deber de informarse, en tanto que la ignorancia de la Ley no excusa de su obediencia. En el mismo sentido, refirió que no hay lugar al pago de perjuicios por no estar demostrados. Como excepciones de mérito formuló las siguientes: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación a folios 141 a 164 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto las relativas al pago de perjuicios a cargo de las administradoras del RAIS, por considerar que obran el expediente pruebas suficientes para entender que se brindó la información adecuada a la demandante al momento del traslado y no se encuentra acreditado vicio alguno en su consentimiento. Afirmó que conforme al artículo 2 literal e de la Ley 797 de 2003, no es posible trasladar al demandante, por faltarle menos de 10 años para alcanzar la edad mínima para pensionarse por vejez. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en los folios 204 a 210 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 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 resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por ALBA LUCÍA JAUREGUI RICO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES los*

valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y a efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de la providencia. QUINTO: CONDENAR en costas incluidas las agencias en derecho a cada una de las AFP SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A y a favor de la demandante en la suma de \$1.000.000 de pesos. SEXTO: REMITIR copia de esta Providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia se ordena remitir el proceso a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones". (CD 3, Hora 1:16:42). 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 OLD MUTUAL S.A. (hoy SKANDIA) no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra ningún medio probatorio 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 ALBA LUCÍA JAUREGUI RICO por PORVENIR S.A. 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 el traslado fue realizado no sólo de manera libre y voluntaria, sino también consciente, tanto así que efectuó un nuevo traslado dentro del mismo régimen, y en interrogatorio dio muestra del conocimiento de las condiciones pensionales de ambos regímenes. La ignorancia de la Ley no eximía a la demandante de buscar la información que consideraba insuficiente. Además, su inconformidad se centra en el monto de la mesada pensional la cual será liquidada conforme al régimen que ella ya conoce, sin que haya hecho uso de las múltiples posibilidades de trasladarse al RPM. En caso de confirmar la ineficacia, solicitó se absuelva de devolver dineros de comisiones por administración, como las primas de seguros que cubrieron al demandante durante su afiliación, pues los mismos también habrían sido cobrados por COLPENSIONES pese a lo cual no habría obtenido rendimiento alguno (CD 3, Hora 1:19:09)¹.

¹ “En este sentido me permito presentar mi recurso de apelación y de antemano solicitó al Tribunal, al honorable Tribunal que por favor revoque la sentencia previamente expuesta, lo anterior en la medida en que mi representada no comparte las declaraciones expuestas por el juzgador en la medida en que el traslado efectuado por la aquí demandante del régimen de prima media el régimen de ahorro individual no sólo se realizó de manera libre y voluntaria sino también consciente, pues si bien es cierto que muchas de la información que recibió la aquí demandante fue proporcionada por mi representada para el año 2002 la misma conociendo estas condiciones, igualmente decidió pertenecer al régimen de ahorro individual y trasladarse dentro del mismo, en esta medida se ratificó su intención de pertenecer a este régimen y además, pues su decisión voluntaria y libre, en esta medida pues se debe resaltar que en realidad para el traslado inicial no era necesario realizar ningún tipo de comparación, brindar un buen consejo, una doble asesoría, ni llegar hasta el punto en donde se desincentivara a la demandante, es por esto que en realidad se cumplieron con los presupuestos legales y normativos vigentes al momento de traslado, los cuales se ratificaron al momento de trasladarse de manera horizontal hacia mi representada. Por otra parte se debe resaltar que el aquí juzgador igualmente hace referencia a que la demandante en su dicho, hizo alusión a características propias del régimen de ahorro individual frente a las cuales adoptó la decisión de trasladarse hacia mi representada y continuar perteneciendo al régimen de ahorro individual, en esta medida no resulta procedente entonces que si bien la actora conocía cada una de las consecuencias que tenía no y no haber manifestado ningún tipo de inconformidad o deseo de regresar al régimen de prima media, ahora se condene a mi representada que sí cumplió con cada una de sus obligaciones tanto en materia de información, como materia administrativa, frente a una nulidad que en realidad no se efectuó y que además si se subsanó por parte de mi representada. Por otra parte, es claro que como todo consumidor financiero la demandante debe actuar con una mediana diligencia, lo que supone por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que se está adoptando, no obstante la demandante claramente nunca se acercó a ninguna de estas administradoras en la medida en que si contaba con una asimetría de la información para que está adoptará una decisión libre y voluntaria y si en el caso en que hubiese tenido algún tipo de duda o pues pensará que no tenía la información suficiente, en realidad una de sus obligaciones era acercarse hacia, hacia estas administradoras y resolver pues estas dudas en la medida en que debía conseguir esta información por lo menos suficiente, por otra parte es de destacar que en realidad la inconformidad de la demandante con el régimen de ahorro individual únicamente se deriva del monto de la mesada pensional, no obstante, eso no quiere decir que mi representada no haya brindado una información clara, veraz y oportuna pues él aquí juzgador en realidad expresó que efectivamente si se

La apoderada de COLPENSIONES en el recurso también pide que se revoque en su totalidad la sentencia dictada en primera instancia. Para el efecto, considera que la información dada por las administradoras fue la exigida para el momento del traslado y cualquier aplicación distinta viola la confianza legítima y el debido proceso y, advirtió, que las decisiones judiciales que se están tomando en esta materia afectan el principio de sostenibilidad financiera del Sistema, máxime si se tiene en cuenta que la actora no fue solidaria con el RPM. Además, manifiesta que se demostró la intención de mantenerse en el RAIS con el traslado efectuado dentro de dicho régimen y, por el contrario, pese a que una de las razones aducidas para el cambio de régimen fue que el

le habían dado, se le había brindado información acerca de características propias del régimen de ahorro individual más por parte de mi representada por lo que no resultaría entonces procedente condenar a está que si bien cumplido todas sus obligaciones sólo porque la, el monto de la mesada pensional no cumple con las expectativas que la demandante espera, pues está conoció perfectamente cómo funcionaba el régimen de ahorro individual y aun así decidió pertenecer al mismo ,es claro que la demandante igualmente tuvo una multiplicidad de oportunidades para regresar al régimen de prima media, sin embargo, con diferentes tipos de actos de relacionamiento confirmó esta, este deseo de vincularse y pertenecer al régimen de ahorro individual perteneciendo en este durante casi toda su vida laboral, recibiendo extractos, sabiendo que se generaban una serie de rendimientos pues que le ayudarían a incrementar este monto pensional y además trasladándose entre administradoras, con el fin de conseguir una mayor rentabilidad, tal y como se expresó en el dicho de la demandante en su interrogatorio de parte, no obstante, si el honorable Tribunal decide confirmar la presente sentencia únicamente le solicitó que se absuelva mi representada en cuanto al pago de gastos de administración, en la medida en que no solamente mi representada como ya venido reiterando, cumplió con sus obligaciones en materia de información y en realidad actúa como un tercero de buena fe al aceptar el presente traslado horizontal del aquí demandante, está sumas corresponden en realidad a una destinación específica por mandato legal, la cual fue ya cumplida por mi representada y estas sumas fueron debidamente invertidas en la forma en la que exige la ley, así entonces no se encuentra ya en poder de mi representada estos emolumentos, pues se destinaron para una correcta y efectiva destinación, una correcta y efectiva administración de los recursos aportados por la aquí actora, siendo entonces claro que los mismos se utilizaron principalmente para el manejo de estas inversiones, tendientes a obtener el incremento, rentabilidad de estos recursos frente a los cuales la demandante claramente es beneficiaria, ya se condenó a mi representada a devolverlos y además la misma es consciente, pues por esto, es ella se trasladó hacia mi representada en esta medida pues no resultaría entonces conducente, que mi representada además de devolver estos rendimientos, igualmente se le condene a los gastos de administración, únicamente y para finalizar se recuerda que estos gastos de administración también son aplicables en el régimen de prima media, razón por la cual si la demandante hubiese procedido en el régimen de prima media, en realidad también hubiese tenido que asumir los presentes costos y no recibiría, como si lo hizo en el régimen de ahorro individual, una serie de rendimientos por los aportes realizados siendo así que en realidad ni Colpensiones ni la demandante se verían afectados por la absolución de la presente condena, en esta medida pues dejó presentado mi recurso de apelación y reiteró que solicitó que se absuelva mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra y de manera subsidiaria se absuelva a la misma frente al pago de gastos de administración, muchas gracias.”.

ISS se iba a acabar, no se evidenció interés alguno de afiliarse al RPM cuando vio que éste continuó a cargo de COLPENSIONES (CD 3, Hora 1:26:17)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen

² “Gracias su señoría, en ese estado de la diligencia me permito interponer recurso apelación sustentándolo con base en lo expuesto en mis alegatos de conclusión y manifestando lo siguiente, en primer lugar frente al referido fallo,... que existió una insuficiente, incompleta clara y comprensible, oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo en el mismo que el deber de información que tiene las administradoras de fondos de pensiones, de los dos regímenes ha tenido varias etapas, en primer lugar el Decreto 663 de 1993, así como una segunda etapa la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, y una tercera etapa para la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, así las cosas el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento la afiliación deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, al momento del traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio legalidad y el debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la, o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la carta política, el ajuste a las normas preexistentes, al, al alto que se juzga, el juzgamiento en la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, que sin haber participado en trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, que en ese orden de ideas se evidencia como al momento del traslado de régimen pues se encontraba en vigencia el Decreto 692 de 1994, que en ese orden de ideas se debe hacer dicho estudio con base a esas normas existentes, en el momento del traslado de lo cual pues se puede evidenciar el formulario de afiliación por la aquí demandante, el cual fue suscrito de manera libre y voluntaria, como tal, como ella lo indicó en su interrogatorio de parte, que de igual manera, en el presente caso se evidencia independencia el deseo de permanecer.... Igual manera como se indica, se evidencia el deseo de permanencia en el régimen de ahorro individual de la aquí demandante, pues nótese que esta hizo diferentes traslados de manera horizontal en el régimen y no se evidencia su deseo de volver al régimen de prima media, pues nótese que en su interrogatorio de parte se indicó que a pesar de que el Instituto de los seguros sociales, como ella lo indicó se iba acabar, el que este fue uno de sus, que esta fue una de las situaciones por la cual decidió trasladarse de régimen, pues vemos que a la aquí demandante manifestó que aun así pues no tuvo la intención de retornar de prima media, cuando se enteró pues que, que este continuó y continúa como la administradora colombiana de pensiones, Colpensiones, de igual manera evidencia actos de relacionamiento de la aquí demandante en el régimen de ahorro individual... y de igual manera se evidencian los actos de relacionamiento que la aquí demandante ha efectuado y que tales se pueden suscribir como las asesorías, que ella ha indicado en el régimen de ahorro individual y que por lo tanto, pues estos presumen esa intención de permanecer en este régimen, que por lo anterior se solicita al honorable Tribunal se revoque la decisión antes proferida en lo concerniente a lo que implica a mi representada Colpensiones en el traslado del régimen pensional, de esta manera dejó sustentado mi recurso, muchas gracias.”.

una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema Pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 36 años de edad y había cotizado 549.71 semanas³; 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 5 años cotizados); y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión de vejez (tenía 55 años – ver folios 5 y 62 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 acatamiento para toda la jurisdicción^{4 5}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las

³ Historia laboral expedida por COLPENSIONES S.A. en expediente administrativo (CD 2 del expediente).

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

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

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

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, 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 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 OLD MUTUAL S.A. (hoy SKANDIA) 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 la visita que recibió de la asesora de OLD MUTUAL S.A. (hoy SKANDIA) -en el año de 1999- quien en una reunión grupal muy corta le hizo una descripción de las desventajas de quedarse en el Instituto Seguros Sociales, las cuales versaban sobre su inminente desaparición; mientras que, como ventajas, le predicaban los rendimientos del dinero en su cuenta de ahorro individual. Relató que el segundo traslado obedeció a la visita de un asesor de PORVENIR S.A. que en otra reunión grupal se limitó a indicar que allí obtendría mejores rendimientos y otras ventajas, como que se trataba de un fondo más grande y no tenía requisito de edad ni semanas para pensionarse, 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, Min. 22:35).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación del acto inicial por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial de la demandante al RAIS operó con el traslado de régimen en septiembre de 1999 a OLD MUTUAL S.A. (SKANDIA) y, posteriormente, se trasladó en febrero de 2002 a PORVENIR S.A., AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver Historia Laboral expedida por PORVENIR S.A. en los folios 168 a 195).

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

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía el juez disponer 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

EXP. 16 2019 00100 01

Alba Lucía Jauregui Rico Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.', with a horizontal line through the middle and a vertical line on the right side.

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 CLARA PATRICIA SILVA PEREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por todas las demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 3 de marzo de 2021 por la Juez Veintiuno (21) 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 DANIELA PALACIO VARONA, con T.P. 353.307 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 Electrónico).

Téngase a la doctora LEIDY YOHANA PUENTES TRIGUEROS, identificada con T.P. 152.354 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada judicial de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, en los términos y para los fines del poder conferido (ver Correo Electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CLARA PATRICIA SILVA PEREZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., HOY SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 septiembre de 1998, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido en febrero de 2003, septiembre de 2013 y mayo de 2016, con fundamento en que nunca recibió por parte de los asesores de las AFP's una asesoría integral, pues no le ilustraron las características generales de los dos regímenes pensionales, ni se le informó las ventajas y desventajas que tenían el RPM y el RAIS; tampoco le informaron que su mesada pensional dependería del capital que lograra acumular en su cuenta de ahorro individual y que dependía de la modalidad que escogiera, al contrario, le comunicaron que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a acabar y los afiliados debían trasladarse a una AFP privada, que en el fondo privado su pensión sería igual o mejor, pero nunca inferior a la que podría obtener en el RPM y se podía pensionar anticipadamente. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la ineficacia del traslado realizado a PORVENIR S.A, PROTECCIÓN, OLD MUTUAL y COLFONDOS S. A., se deje sin efectos la afiliación realizada

al RAIS, se ordene a OLD MUTUAL S.A. trasladar la totalidad del ahorro, bonos, cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás sumas adicionales y valores causados que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora con motivo de su afiliación, y a COLPENSIONES, actualizar la historia laboral recibir dichos valores aceptar el traslado y efectuar la afiliación al RPM, lo que se pruebe extra y ultra petita y costas del proceso. (ver demanda en folios 2 a 20 del expediente).

La administradora OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., HOY SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria, por lo que al momento de seleccionar el régimen privado aceptó todas y cada una de las condiciones conforme lo dispone la ley 100 de 1993, además la actora se encuentra inmersa 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, y refiere que cuando la demandante se afilió a esta administradora el acto se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano proporcionando toda la información para que tomara la decisión consiente de afiliarse. Propuso como excepciones: *Skandia no participo ni intervino en el momento de la selección del régimen, la demandante se encuentra habilitada para el traslado de régimen en razon de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuracion de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliacion 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 la demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración y buena fe* (ver contestación en medio magnético CD 3 folio 78 del expediente).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. mediante apoderado, quien manifestó no oponerse a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que aunque se observa que la afiliación de la demandante al RAIS es totalmente válida y se obró de acuerdo a los parámetros establecidos por la ley, considera viable ordenar el traslado de régimen de la actora al RPM y por ende no se opone a ninguna decisión; por el contrario señala que esta administradora está dispuesta a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando esta decisión no le implique a la). sociedad algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesoria, como por ejemplo una eventual condena en costas. Resaltó que COLFONDOS cuenta exclusivamente con los aportes a pensión obligatoria y sus respectivos rendimientos, toda vez que a la fecha no existen valores adicionales por concepto de bonos pensionales, por lo tanto, resultaría materialmente imposible trasladar sumas de dineros inexistentes. Propuso como excepciones: *Compensación y pago* (ver contestación en medio magnético CD 4 folio 80 del expediente

La ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, mediante apoderada, allegó contestación; sin embargo, por presentarla de manera extemporánea se tuvo por NO CONTESTADA, advirtiendo que tampoco acató la orden de allegar el formulario de afiliación suscrito por la demandante y esta administradora (Medio magnético CD 5 folio 82 y 121 del expediente).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que la administradora al momento de realizar el traslado inicial de régimen cumplió con el deber de información conforme la normatividad vigente para la época del traslado, indicó que conforme las pruebas aportadas no se logra evidenciar ningún vicio del consentimiento por lo que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria, refiere de igual manera que la demandante pretende imponer una

carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de la AFP, razón por la cual se debe concluir que la afiliación de CLARA PATRICIA SILVA se realizó con el cumplimiento de todos los requisitos, y finalmente manifiesta que la actora contó con varias oportunidades para trasladarse al RPM y no lo hizo lo que acredita una vez más su interés de continuar en el RAIS. Propuso como excepciones: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.* (ver contestación en medio magnético CD 6 folio 106 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, también contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria, no existen vicios del consentimiento, ni se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la DEMANDANTE, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que la adiciación se hizo de manera libre y voluntaria; refiere que la actora se encuentra inmersa 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 y no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios. Propuso como excepciones: *Erronea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradores de seguridad social del orden público y la innominada o generica* (ver contestación en medio magnético CD 7 folio 112 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de marzo de 2021, mediante la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: PRIMERO DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional...de la señora CLARA PATRICIA SILVIA PEREZ del régimen de ahorro individual el 14 de agosto de 1998 con fecha efectiva a partir del primero de octubre de 1998 por intermedio de la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A Y EN CONSECUENCIA DECLARAR como AFILIACION VALIDA AL REGIMEN de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR A SKANDIA administradora de fondo de pensiones y cesantías S.A a trasladar a COLPENSIONES LA TOTALIDAD DE LOS DINEROS que recibe por motivos de la afiliación de la demandante como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo rendimientos generados por estos y los dineros destinados de la garantía de la pensión mínima así como los gastos de administración de los cuales deben ser asumidos de sus propios recursos, sin mención alguna por gastos de traslado de la cuenta de ahorro individual de la señora CLARA PATRICIA SILVIA PEREZ, para ello se le concede el término de un mes o se condenara a las administradoras de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A...administradoras de fondos y cesantías PROTECCION a trasladar a COLPENSIONES la totalidad DE LOS GASTOS DE administración y lo descontado en la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado se le concede el término de un mes. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.CUARTO declarar no probadas las excepciones planteadas por las pasivas. QUINTO costas en esta instancia a cargo de PORVENIR, liquídense por secretaria como agencias en derecho la suma de \$ 1.500.000 pesos, sin costas frente a COLPENSIONES, PROTECCION, COLFONDOS y SKANDIA. SEXTO consulte con el superior esta decisión. ”* (CD 8, audiencia virtual, MINUTO 48:52).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia apoyado en jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A no logró acreditar que la demandante hubiese recibido la información necesaria para tomar una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional, pues no se probó que los actos jurídicos de cambio de régimen estuvieran precedidos de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Condenó en Costas a PORVENIR S.A, por haber sido el promotor en el cambio de régimen, y se abstuvo de condenar en costas a COLPENSIONES, COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA toda vez que estas entidades no dieron origen a la presente demanda.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La AFP PORVENIR aduce que la normatividad que estaba vigente para el momento de traslado, no exigía brindar una asesoría adicional a la que se brindó de manera verbal y quedó evidenciada en el formulario de afiliación, y no se puede exigir el cumplimiento de una obligación legal que se estableció 10 años después de la afiliación de la demandante. Pide que se revise los traslados horizontales realizados por la actora y se tenga en cuenta los pronunciamientos realizados por la Corte Suprema de Justicia (SL 33652 de 2020) en la cual dispone que esta serie de traslados demuestran la voluntad del afiliado continuar en el RAIS, y que se revoque la condena a devolver los gastos de administración pues este descuento se efectuaba por un mandato legal (artículo 20 de la ley 100 de 1993) (CD 8 AUDIO 2 MINUTO 50:27)¹.

¹ *“Señora Juez, estado dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida teniendo en cuenta*

Por su parte la apoderada de PROTECCIÓN S.A pide que se revoque la sentencia en lo reativo a la devolución de gastos de administración por el tiempo que estuvo la demandante afiliada, pues estos gastos fueron debidamente trasladados al fondo de pensiones Skandia, y además constituirían un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir unos gastos que ni siquiera van a ser destinados a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y fueron fruto de la buena gestión de los fondos privados. Indica que dentro de estos gastos claramente hay una división (i) la comisión de administración y (ii) la prima de seguro previsional la cual fue girada en su debido momento a la aseguradora (tercero de buen fe). Finalmente indica que sobre estos factores si operó el fenómeno de la prescripción, de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del Código

que si consideramos la normatividad que estaba vigente para el momento de traslado, no existía una obligación adicional de la demandada Colpatria hoy Porvenir en brindar una asesoría adicional a la que se brindó de manera verbal y que quedó evidenciada en el formulario de afiliación, adicionalmente debemos señalar que esta obligación legal solo se estableció con posterioridad, 10 años después de la afiliación de la demandante por lo que no podría ser condenada a una ineficacia de la afiliación, adicionalmente, pues debemos también reiterar lo expuesto también en los alegatos frente a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia relacionada con los actos de relacionamiento, los cuales están establecidos en la sentencia SL 33652 de 2020 y en donde se dejó sentado por la Corte Suprema que el hecho de haber realizado traslados horizontales entre administradoras del régimen de ahorro individual pueden considerarse como un acto de relacionamiento, que evidencia la voluntad de permanencia de la demandante en el régimen de ahorro individual, teniendo en cuenta que para esa fecha, no se podía dejar evidencia, la obligación de dejar evidencia escrita sobre la clase de información que se le brindo y eventualmente debo señalar que apelamos la decisión teniendo en cuenta la condena que profirió el juzgado respecto a los gastos de administración que descontó mi representada durante el tiempo de vinculación de la demandante a Porvenir esto es dentro de los años 1998 a 2003, teniendo en cuenta que este descuento no se produjo por una decisión arbitraria de Porvenir sino que estaba actuando bajo un mandato legal esto es el artículo 20 de la ley 100 de 1993, el cual establece la obligación de las administradoras de fondos de efectuar el descuento de estos gastos de administración, los cuales no están dirigidos a las arcas de mi representada, sino que están dirigidos a ser destinados al fondo de garantía de pensión mínima y a financiar la prima de seguros de Fogafin y los seguros de invalidez y sobrevivencia durante estos 23 años que ha estado afiliado la demandante estos porcentajes han sido destinados a estos fondos que y a estas primas que ha dispuesto la ley y no se ha enriquecido mi mandante, sino que han sido destinados a un mandato legal y le da cumplimiento a un mandato legal por lo que consideramos que no debería ser condenada mi representada a asumir dichos gastos, más teniendo en cuenta que actualmente y después de más de 20 años ella no ha estado afiliada con mi representada y no tiene ningún tipo de valor que se haya quedado con los aportes de la representada puesto que los mismos fueron trasladados en el año 2003 a Protección, la administradora de fondo de pensiones a la que se rigió la demandante con posterioridad a Porvenir, teniendo en cuenta lo anterior solicitamos al honorable Tribunal del distrito judicial que sea revocada la sentencia y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, muchas gracias”

de Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral. (CD 8 AUDIO 2 MINUTO 54:08)²

De igual manera la apoderada de SKANDIA S.A, pide que se revoque la sentencia en lo concerniente a la condena de la devolución de los gastos de administración dado 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. Indica no estar de acuerdo con la devolución de la prima de los seguros de Fogafín y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, pues esta comisión se destina a pagar la póliza de cubrimiento de los seguros de

² “Gracias su señoría, estando dentro de la oportuna etapa procesal Me permito interponer recurso de apelación y de la misma manera sustentarlo y le solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá que se revoque la sentencia que se acaba de proferir sólo en lo relativo a condenar a Protección a trasladar a Colpensiones los gastos de administración por el tiempo que estuvo la demandante afiliada con mi representada y pues estos ,esta situación lo basó en los siguientes argumentos, con la condena de primera instancia que ordena mi representada a devolver los gastos de administración pues se tiene que tener en cuenta que efectivamente la señora Clara Patricia Silva Pérez estuvo afiliado, estuvo afiliada con mi representada del 19 de febrero del 2003 al 30 de septiembre de 2013 y estos dineros que estaban dentro de la cuenta de ahorro individual de la señora que la Patricia Silva Pérez fueron debidamente trasladados al fondo de pensiones al cual ella se encuentra hoy afiliada el cual es Skandia y es por ello pues que en sí con los aportes y rendimientos y todos los dineros que estaban en la cuenta de ahorro individual en su momento, pues estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa, a favor de Colpensiones, por recibir unos gastos que ni siquiera van a ser destinados a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente pues ya se le están trasladando pues todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de los fondos privados, fruto pues de la buena gestión de administración de los mismos fondos realizados pues por los mismos fondos y por la demandante ,por lo que mi representada pues tiene derecho a conservar los gastos como restitución mutua a su favor y no es razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones también se debe de tener en cuenta que dentro de estos gastos, claramente hay una división y no son las, los, los, los la comisión de administración y en segundo lugar está la prima de seguro previsional y pues con la prima del seguro previsional o frente a ella se debe manifestar que está, pues fue girada en su debido momento a la aseguradora para que en caso de que existiera pues un siniestro de sobrevivencia o invalidez pues dicha compañía pagará esa suma adicional con el fin de financiar pues las pensiones y pues la aseguradora pues eso, es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y Protección y adicional, pues también se debe tener en cuenta que la comisión de administración y la y la prima de seguro previsional pues opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que sí prescriben de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del Código de Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral, que establecen que el transcurso del tiempo pues de 3 años hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, la que pues debe afectar todas y cada una las reclamaciones formuladas ,de esta manera pues dejó sustentado mí recurso apelación, solicitando respetuosamente que se revoque parcialmente la sentencia que se acaba de proferir y se absuelva a mi representada de trasladar a Colpensiones dichos gastos de administración, muchas gracias”.

invalidez y muerte gastos que ya fueron utilizados en la administración de cuenta individual de la demandante y ni siquiera se encuentran en las arcas de la administradora SKANDIA (CD 8 AUDIO 2, MINUTO 58:28)³.

En el recurso de COLPENSIONES, aduce que las pruebas allegadas al plenario logran evidenciar claramente que la demandante firmó el formulario de afiliación y se trasladó hacia el año de 1998 con la AFP Porvenir y se traslada de manera horizontal, también voluntaria a la AFP Colfondos, Skandia y Protección, y no existe prueba alguna que permita acreditar que existió algún vicio del consentimiento. Respecto al deber de información este sólo se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 del 2015 leyes posteriores al momento de la afiliación de la demandante, y no es posible

³ *“Muchas gracias señora Juez y estando dentro del término, dentro de la oportunidad procesal para interponer recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir me permito interponerlo y lo sustentó en los siguientes términos, este recurso se interpone en lo concerniente a la condena de la devolución de los gastos de administración dado que los mismos tienen una fuente legal que están consignadas en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 7 del Decreto 3995 del 2008 en el cual se señala y se establece por parte del legislador que los traslados de los recursos entre regímenes del sistema general de pensiones se entregarán o se trasladarán el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente de las operaciones del día en que se efectúe el traslado, para los efectos del traslado se deberá incluir el porcentaje de fondo, del fondo de garantía de pensión mínima del RAIS en ese orden de ideas y en concordancia también con el concepto de fecha 15 de enero del 2020 de la Superintendencia Financiera, el cual está identificado con el radicado número 2019 152 169 - 003- 000 establece que al decretarse la nulidad o ineficacia de la afiliación procede el traslado de las, de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado que incluyen lo correspondiente a los rendimientos generados, como consecuencia de la administración de los recursos efectuados por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y a su respectivo rendimiento y allí que la normatividad aplicable al caso en concreto y como los conceptos de los entes de control se concluye que no existe sustento legal para ordenar los traslados al régimen de prima media el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de los seguros de Fogafín y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes al no, como no es posible reintegrar estas sumas descontadas por concepto de comisión de gastos de administración, pues esta comisión se destina a pagar la póliza de cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y para sufragar los gastos de administración de los, de los de los recursos que fueron administrados por parte de mi representada, de ahí a que debe ser de manera unánime el sentido de tener, de considerarse que no solamente debe tenerse en cuenta la favorabilidad con respecto de los rendimientos que se generó por parte de mi representada, sino que también, que también deben tenerse en cuenta que esta administración generó unos gastos, por tanto, pues no es posible reintegrar el porcentaje descontado por concepto de comisiones administración teniendo en cuenta que ya fueron pues también utilizados en la administración de cuenta individual de la demandante y pues no, no se encuentra ni siquiera en arcas de mi representada ya estos recursos, en este ordenes de ideas dejó presentado el recurso, presentado y sustentado el recurso de apelación por parte de Skandia”*

exigir algo diferente a la normatividad que se utilizaba para cada época. Adicional a ello manifiesta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, y no tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión para poder regresar al régimen de prima media en cualquier momento. De manera subsidiaria en caso de declarar la ineficacia, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte COLPENSIONES al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas constantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y demás, debidamente indexados, por el periodo en el que permaneció afiliada la demandante al fondo privado (CD 8, hora 1 minuto 02:16)⁴.

⁴ *“Gracias su señoría, muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal, sala laboral de Bogotá y es con atención a que la Juez de primera instancia declara la ineficacia surtida para el año de 1998 con la AFP Colpatria hoy Porvenir y declara como afiliación válida la del régimen de ahorro, la del régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, además se condena a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral, solicitó entonces muy respetuosamente que tenga cuenta que nos encontramos frente a lo estipulado en los artículos 1508, 1509 y 1510 del Código Civil y a su vez en el artículo 1740 y subsiguientes. De las pruebas allegadas al plenario, se logra evidenciar claramente que la señora demandante firmó el formulario de afiliación y se trasladó hacia el año de 1998 con la AFP Porvenir y se traslada de manera horizontal, también voluntaria a la AFP Colfondos, Skandia y Protección todos estos traslados los surte de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su literal respecto de la carga de la prueba en el presente caso no existe prueba alguna que permita acreditar que existió o no algún vicio del consentimiento entendido con el deber de información, pues en un contrato de afiliación es el afiliado el que le debe al fondo la obligación de sus aportes y es solo hasta que se pensiona que se invierten las partes, por lo cual el fondo de pensiones no es a quien le compete la carga de la prueba porque existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código... además se torna ... para el año de 1998 pues han transcurrido más de 20 años y nadie está obligado a lo imposible. Respecto al deber de información de la Corte Suprema utiliza como norma para el deber de información de Decreto 663 de 1993 sin embargo este deber sólo se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 del 2015 pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones e informados por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1990 y 2014, no exigen nada diferente al documento... denotaban la plena intención de querer pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo pues este el paso aquí de la parte actora, la cual suscribió el formulario con la AFP Porvenir, en el año 1998, por otra parte y ya como lo manifesté en mis alegatos de cierre, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la ley 100 del 93 no contaba ni con la edad ni con las semanas requeridas por lo cual, no tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión para poder regresar al régimen de prima media en cualquier momento. De igual manera, quiero manifestar que no se trata de aplicar de forma directa o indiscriminada las... de la máxima autoridad de esta especialidad, como lo es la Corte Suprema Justicia para todos los casos, sino que por el contrario debe tratarse si en la presunta falta de información se produce un efecto, como lo es perder el régimen de transición pensional o siguiente trata como lo hizo hoy aquí el caso de estudio, la demandante busca ignorar las normas que regulan los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, porque pues ahora, no se encuentra conforme con su mesada pensional en el*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

RAIS y cómo se ha retirado en varias jurisprudencias, este último escenario no debe ser objeto... de la Corte Suprema Justicia, toda vez que tal proceder termina por socavar los principios fundamentales, sobre los cuales exigen todo el sistema de la seguridad social, como lo es la autonomía de la voluntad del afiliado y del régimen en pensiones. Además es de tener en cuenta que una persona que no ha estado afiliada por más de 20 años al régimen de prima media ahora pretenda que el sistema sea solidario con ella y requiera beneficiarse de aportes que no ha realizado, esto pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que por el contrario siempre han cotizado. En este orden de ideas solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal se revoque el fallo proferido por el Juez en primera instancia, absuelva a mi representada de todas las condenas impuestas en su contra, de igual forma y de manera subsidiaria en caso de no acogerse a los argumentos anteriormente expuestos y confirme la providencia objeto de alzada, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas constantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante como lo son los ... rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás debidamente indexados por el periodo en el que permaneció afiliada la demandante al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto las AFP no reintegren los recursos y actualice pues los datos de la demandante, en igual sentido solicitó al honorable Tribunal no se condene en costas a mi representada toda vez que no participó en ese acto que se presume en este caso ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado siendo un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones en este sentido dejó sustentado mi recurso de alzada, gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 31 años de edad y había cotizado 593 semanas⁵, 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, 2 meses y 12 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 52 años de edad – ver folio 40 y 67 del expediente).

⁵ Ver historia laboral consolidada de OLD MUTUAL refleja historia laboral de COLPENSIONES y las AFP'S en folios 61 a 65 del expediente y medios magnéticos. COLPENSIONES no allegó historia laboral.

⁶ *Ibidem*.

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de al que asignó el carácter de obligatorio para toda la jurisdicción^{7 8}, 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).

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

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

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

En 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 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 en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de COLFONDOS le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que el fondo privado le indicó que iba a recibir una pensión igual o mejor incluso que la que podría obtener con el Seguro Social y que el Instituto de Seguros Sociales no estaba recibiendo afiliaciones (CD 2, folio 248 del expediente, audiencia virtual, minuto 10:06).

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 14 de agosto de 1998 a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A, posteriormente se traslado a SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS hoy la AFP PROTECCIÓN S.A en marzo de 2003, posteriormente en octubre de 2013 a COLFONDOS S.A y finalmente se trasladó a OLD MUTUAL el 20 de abril de 2016, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada – ver historia laboral

consolidada folios 61 a 65 y medios magnéticos Cd's 3, 4 y 6 donde se encuentra los formularios de afiliación y el SIAFP en el expediente).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de los fondos demandados 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). Por las mismas razones se confirmará la orden a devolver las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes⁹ y la devolución de los aportes para la garantía de pensión mínima, 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)

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad

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

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.

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 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.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A , SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 21 2020 00075 01

Clara Patricia Silva Perez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otras

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 MARTHA ISABEL ESLAVA SERRANO
CONTRA COLPENSIONES.**

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, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad la sentencia dictada el 5 de febrero de 2021 por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se CONDENÓ a COLPENSIONES a reliquidar y pagar la pensión de vejez a favor de la demandante con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.

Téngase al doctor Nicolás Ramírez Muñoz, quien se identifica con T.P. 302.039, para actuar como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA ISABEL ESLAVA SERRANO presentó demanda contra COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se condene a reliquidar su pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990, con un IBL de \$4.716.346 y una tasa de reemplazo del 90% a partir del 1 de enero de 2018, pagar las diferencias en

las mesadas, intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido, afirma que nació el 5 de octubre de 1958, posee 366 semanas de cotización ante la Caja de Previsión Social de Comunicaciones y 1210 semanas ante COLPENSIONES, entidad que le reconoció pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2018 conforme al Decreto 758 de 1990 con un IBL de \$4.151.525 y una tasa de reemplazo del 90%, frente a lo cual presentó recurso de apelación para que se tuviera un IBL de \$4.719.797 la cual fue negada, pese a que reconoció que su IBL asciende a \$4.716.346 (ver demanda en folios 48 a 57 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante no es beneficiaria del Decreto 758 de 1990, pues no se encontraba afiliada a dicho régimen ni cotizaba para el Seguro Social con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Sistema General de Pensiones (1 de abril de 1994). Afirmó que no reconoció el IBL formulado por la actora en sus pedimentos, sino que planteó posibles escenarios que la podrían cobijar, previo a concluir que éstos carecían de soporte jurídico y fáctico. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, prescripción e innominada o genérica* (ver contestación en folios 62 a 74 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia de 5 de febrero de 2021, a través de la cual la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a reliquidar y pagar la pensión de vejez a favor de la demandante con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta

para el efecto los tiempos de servicio que prestó en el sector público y los tiempos de cotizaciones por servicios prestados al sector privado. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declarar que la señora Martha Isabel Eslava Serrano, identificada con la cédula de ciudadanía número 39.699.937 tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990 regulado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del primero de enero del año 2018 en cuantía de \$4.247.695 pesos, en 13 mesadas pensionales conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: Condenar a Colpensiones a pagar a favor de la señora Martha Isabel Eslava Serrano el retroactivo causado desde el primero de enero del año 2018 por concepto de las diferencias causadas entre las mesadas reconocidas y la aquí calculada con los respectivos incrementos legales de cada anualidad. TERCERO: Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la parte actora los intereses moratorios causados desde el 30 de mayo del 2018, únicamente respecto de las diferencias generadas entre el valor pagado y el aquí reconocido hasta el momento en el que se efectuó el pago efectivo conforme en la parte motiva de esta sentencia. CUARTO: Autorizar a la demandada a descontar el valor correspondiente por concepto de aportes para salud conforme lo motivado. QUINTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones. SEXTO: Condenar en costas a Colpensiones, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. SÉPTIMO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones consúltese a su favor ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sala laboral”* (CD 4, Archivo 2018-707, Min. 10:25).

Para tomar su decisión la Juez concluyó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y cumplió los requisitos para acceder al derecho pensional, conforme las reglas establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, acumulando tiempos de servicio público y cotizados al Sistema General de Pensiones según el reciente criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Dispuso la reliquidación del

derecho pensional desde el 1 de enero de 2018 en cuantía inicial de \$4.247.95 y condenó al pago de intereses moratorios sobre las diferencias generadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora apeló pide que se actualice la cuantía inicial de la prestación en aplicación del IPC vigente para año 2018 (fecha inicial del reconocimiento pensional), pues en la sentencia de primera instancia se tomó en el del año 2017 (CD 4, Archivo 2018-707, Min. 19:13)¹.

En el recurso de la demandada, su apoderado pide que se estudie el asunto con la óptica de las sentencias dictadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL4185 de 2020 y la SL4392 de 2020, según las cuales no es posible tener en cuenta los tiempos públicos cotizados para el reconocimiento pensional al no encontrarse afiliado el demandante al ISS con anterioridad al 1° de abril de 1994 no tenía una expectativa legítima del reconocimiento pensional bajo dicho régimen (CD4, Archivo 2018-707 28:37)².

¹ “Me permito presentar ante las decisiones recurso de apelación que procedo a sustentar de inmediato, el suscrito como ya se anticipará no está, no está en contra del cálculo del IBL y cuál está bastante cercano a los cálculos del suscrito, igual del 90% quiero hacer el llamado y la mención en que los cálculos incluso del Despacho coinciden cercanamente con lo que la misma Colpensiones había, había puesto en las en la Resolución Sub 23 84 84 del 10 de septiembre del 2018, en esa, en esa Resolución Colpensiones adujo y concluyó que IBL de mi poderdante debía ser de los últimos 10 años de 7.000.000 de perdón, de \$4.716.346 pesos, con una fecha reconocimiento a partir del primero de enero del 2018, ese IBL que coincide cercadamente con lo calculado por el Despacho, arrojaba para Colpensiones en su interpretación un valor de pensión mensual de \$3.537.260 pesos, que correspondía al 75% frente a la interpretación que en esa Resolución aplicaba Colpensiones, arreglo seguido menciona que el valor de la pensión actual de mi poderdante de haber accedido a esa modalidad pensional sería \$3.681.934 este valor de pensión actual no es otro que el valor de la pensión actual al año 2018, a lo que quiero llegar con todo respeto y que se analizado por el honorable Tribunal, es que el IBL calculado contempla todos los factores o todos los IBC cotizados entre el año, en enero 2008 hasta diciembre del 2017 pero dicha actualización y sólo está Incluyendo IPC causados hasta el año 2016 puesto que el año 2017 está calculado sin actualizar, razón por la cual efectivamente el IBL está correcto, el 90% está correcto, pero a esos cálculos para primero de enero de 2018 es necesario incrementarle el IPC causado en el 2017 como a todas las pensiones es simplemente un ‘reanálisis’ de la fórmula matemática usada y en esos sentidos solicitó al honorable Tribunal sea modificado sólo el dicho aparte el fallo en mención con el resto de los numerales el suscrito apoderado se encuentra totalmente de acuerdo, muchas gracias.”

² “Gracias su señoría, interpongo el recurso de apelación contra la sentencia pues que acaba de proferir usted en su Despacho para solicitarle a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en la especialidad sala laboral la revoquen en su integridad por el siguiente argumento, respecto a la sumatoria de tiempos públicos y privados evidentemente se ha unificado al precedente jurisprudencial respecto a este tópico, sin embargo, hubo algunos elementos que no fueron analizados por el Despacho, se evidencia entonces que dentro de la historia laboral de la demandante no se avizora ningún tipo de afiliación al instituto de los seguros sociales con anterioridad al primero abril de 1994 a la entrada en

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que la demandante nació el 5 de octubre de 1958 (folio 3), y que mediante la Resolución SUB 8569 del 16 de enero de 2018 COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a la demandante a partir del 1° de enero de 2018 en cuantía inicial de \$3.736.373 con fundamento en el Decreto 758 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993 (folios 25 a 28), cuya reliquidación fue negada mediante Resoluciones SUB 206401 del 2 de agosto de 2018 y SUB 238484 del 10 de septiembre de 2018, actos administrativos en los que COLPENSIONES señaló que la demandante sí es beneficiaria del régimen de transición pero no le resulta aplicable el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990 por lo que solicitó a la actora autorizar la revocatoria del acto y ante la falta de respuesta remitió el acto administrativo a la Dirección de Defensa Judicial para iniciar el trámite de la acción de lesividad (folios 33 a 35 y 41 a 46). La demandante adquirió el status pensional el 1 de enero de 2018, y la prestación se liquidó teniendo en cuenta que cotizó 1578 semanas en toda su vida laboral (es decir, más de 1250 semanas) de las que obtuvo como IBL más favorable para el año 2018 la suma de \$4.151.525 con el promedio de lo devengado en los últimos

vigencia la ley 100 de 1993, esto quiere decir que jamás tuvo la expectativa legítima de obtener una pensión del régimen de prima media con prestación definida bajo la ...del Acuerdo 049 de 1990, es decir jamás estuvo cobijada por eso, por esa normatividad sino solamente hasta que fue afiliada al instituto de los seguros sociales para con posterioridad al año 1994, esta línea jurisprudencial ha sido reiterada en pluralidad de oportunidades a través de sentencias SL, perdón, a través de las sentencias 4165, SL 4165 del 2020 y SL 4392 de 2020 en la que la sala de casación permanente se abstiene de aplicar este criterio jurisprudencial de acumulación de tiempos públicos por no encontrarse los demandantes afiliados al instituto de seguros sociales con anterioridad primero de abril de 1994, de este modo es importante entonces que los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá no solamente analicen la unificación jurisprudencial de la Corte Suprema. la cual carece de precedentes y además pues no es doctrina probable por no tener tres sentencias iguales o parecidas y en sentido el respaldo de la sentencia SL 4165 si se encuentra señalado como línea jurisprudencial, en tal sentido analizar la historia laboral de la demandante con anterioridad al vigencia o a la vigencia, la vigencia de la Ley 100 de 1993 es menester y es muy importante para así entonces no dar aplicabilidad a la sumatoria de tiempos públicos y privados por no haber estado afiliadas al instituto de los seguros sociales con anterioridad al primero abril de 1994, en tal sentido y como derrotero para analizar la pensión de vejez de ahí en adelante, no se podría tener en cuenta esos tiempos públicos cotizados a Caprecom y en ese sentido pues la demandante abandonaría esa posibilidad de ser presionada con el régimen de transición señalado en la ley 100 de 1993 y de ahí en adelante con todos los factores salariales liquidados tal y como lo hizo él a quo. Hasta aquí mi intervención y mi apelación.”

10 años de servicios, suma a la que se aplicó una tasa de remplazo del 90% (ver folios 26 a 28 del expediente).

El Tribunal debe definir (i) si la demandante tiene derecho a que su pensión sea liquidada bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, (ii) si hay lugar a actualizar conforme al IBC de 2018 la mesada pensional calculada en primera instancia y, (iii) en consulta se estudiará el número de mesadas de la prestación y la imposición de intereses moratorios ordenados por la juez de primera instancia.

i) Para lo primero, el artículo 36 la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición normativa del cual se benefician los afiliados que tenían para la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones 35 años de edad las mujeres o 15 años de servicios cotizados, condiciones que fueron demostradas por la demandante para el 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Seguridad Social, pues contaba con 35 años de edad (con la cédula de ciudadanía visible a folio 3 se acredita que nació el 5 de octubre de 1958). La demandante conservó el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, pues contaba con más de 750 semanas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (acreditó 952.86 semanas para el 25 de julio de 2005).

Como el Acuerdo 049 de 1990 asigna pensión a las mujeres que cumplen 55 años de edad si han efectuado quinientas (500) semanas de cotización al Sistema durante los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de dicha edad, o 1.000 semanas en cualquier tiempo, la demandante tiene derecho a la pensión que reclama bajo dicha normativa. La copia de la cédula de ciudadanía que obra en el expediente prueba que MARTHA ISABEL ESLAVA SERRANO cumplió 55 años el 5 de octubre de 2013, y la historia laboral aportada por COLPENSIONES demuestra 1592,71 semanas laboradas para el 31 de diciembre de 2017 así: (i) **371,28**. semanas reportadas por CAPRECOM entre el 12 de febrero de 1987 y el 31 de marzo de 1994 y, (ii) **1221.43** semanas cotizadas ante el ISS, hoy COLPENSIONES, entre el 1 de

abril de 1994 y el 31 de diciembre de 2017 (ver historia laboral actualizada en el expediente administrativo – CD Fl. 75, folios 5 a 24 del expediente).

Para el cómputo de semanas se tuvieron en cuenta los tiempos de servicio público de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia (sentencias SU 769 de 2014 y SU 057 de 2018) y reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencias SL1947 dictada el 1° de julio de 2020 radicado No. 70918³ y SL536 de 2021 Radicado 77267⁴). En armonía con lo señalado en el referido cambio

³ Para este efecto estimó dicha Corporación que: “(...) el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 (...) entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social”, y advirtió que “el propósito de unicidad normativa y sistemática de la ley en comento fue ponerle fin a la injusticia de no conceder pensiones a personas que cumplieran el mismo tiempo de trabajo, pero cuyo valor y eficacia frente a la generación de la protección del riesgo difería frente al segmento en el que se prestaba” (SL 1947 dictada el 1° de julio del 2020, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ).

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL536-2021 Rad. 77267. M.P. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA: “(...), tal como se advirtió en el fallo CSJ SL193-2021, el cambio jurisprudencial expuesto se justifica en la finalidad esencial prevista en el régimen de transición, consagrado para proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse y a través del cual, se insiste, se conservaron los elementos de edad, tiempo y monto del régimen anterior, que armonizado con el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, abren paso a la sumatoria de las semanas cotizadas, a cualquier caja o fondo, con el tiempo de servicio como servidor público sin cotizaciones, para el reconocimiento pensional; (...). En la misma dirección, a través de la providencia CSJ SL1981-2020 se dejaron sentados similares sustentos:

(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- esta Sala ha estimado que la exigencia de aportes en el ISS antes del 1° de abril de 1994 como condición para la aplicación de normas anteriores por régimen de transición (como sucede en este caso con el Acuerdo 049 de 1990)⁵ termina imponiendo reglas jurídicas no previstas en la ley y desconoce derechos fundamentales del afiliado al Sistema de Seguridad Social, además del principio constitucional de *favorabilidad* que impone al juez la obligación de escoger la “*situación más favorable del trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho*” (artículo 53 de la Constitución Política).

ii) El valor de la prestación de la demandante se define en la forma que dispone el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, cuyo parágrafo 2° dispone un 45% sobre el IBL cuando la densidad de aportes cotizados sea igual o superior a 500 semanas, y un 3% adicional por cada 50 semanas adicionales sin que pueda superarse el 90% sobre el salario base⁶.

Con este criterio normativo procedía la reliquidación de la pensión de vejez, pues la actora cotizó un total de 1592,71 semanas en toda la vida laboral, entre tiempos laborados en el sector público (371.28 semanas laboradas por la demandante en Caprecom), y semanas cotizadas a COLPENSIONES (1221.43 – ver historia laboral actualizada a 17 de junio de 2019 y certificaciones de tiempos laborados - folios 5 a 24 y CD 2, Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1523-20190617073950.pdf), de lo cual resulta

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.’
(...). En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales.”

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencias SL4185 de 2020 y la SL4392 de 2020.

⁶ Esta norma contempla un monto o porcentaje inicial del cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y, aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

resultaba en favor de la demandante una tasa de remplazo del 90%, y la posibilidad de tasar la primera mesada pensional tomando el ingreso que sirvió de base para los aportes mes a mes en toda la vida laboral, como lo establece el inciso 2° del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, siempre que le resulte más favorable.

El Tribunal efectuó las operaciones aritméticas pertinentes para tasar el valor de la mesada, tomando los valores que certifica la historia laboral actualizada de COLPENSIONES y la certificación de tiempos laborados emitido por Caprecom, y obtuvo para el año 2018 un IBL de lo cotizado en toda la vida laboral de \$4.043.409 y con de lo cotizado en los últimos 10 años de \$4.930.837. Con ésta última suma se obtuvo como mesada pensional para el año 2018 \$4.437.753, que resulta superior a la que tomó la juez de primera instancia para definir el valor de la primera mesada pensional (\$4.247.695) por lo que se modificará tal decisión, pues de forma errónea indexó la base salarial aplicando el IPC vigente para el año 2017 (última cotización), cuando lo correcto es actualizar los salarios con el IPC vigente en el año de causación del derecho (IPC vigente en el año 2018), tal y como lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al aplicar la fórmula de la indexación para actualizar el IBL (SL 6916 del 2019).

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1987	Febrero	11	\$ 9,600	4.13	138.85	33.6057	\$ 322,615	\$ 3,548,760
1987	Marzo	31	\$ 24,000	4.13	138.85	33.6057	\$ 806,536	\$ 25,002,630
1987	Abril	30	\$ 24,000	4.13	138.85	33.6057	\$ 806,536	\$ 24,196,094
1987	Mayo	31	\$ 24,000	4.13	138.85	33.6057	\$ 806,536	\$ 25,002,630
1987	Junio	30	\$ 24,000	4.13	138.85	33.6057	\$ 806,536	\$ 24,196,094
1987	Julio	31	\$ 24,000	4.13	138.85	33.6057	\$ 806,536	\$ 25,002,630
1987	Agosto	31	\$ 24,000	4.13	138.85	33.6057	\$ 806,536	\$ 25,002,630
1987	Septiembre	30	\$ 24,000	4.13	138.85	33.6057	\$ 806,536	\$ 24,196,094
1987	Octubre	31	\$ 24,000	4.13	138.85	33.6057	\$ 806,536	\$ 25,002,630
1987	Noviembre	30	\$ 24,000	4.13	138.85	33.6057	\$ 806,536	\$ 24,196,094
1987	Diciembre	31	\$ 24,000	4.13	138.85	33.6057	\$ 806,536	\$ 25,002,630
1988	Enero	31	\$ 30,000	5.12	138.85	27.0966	\$ 812,899	\$ 25,199,869
1988	Febrero	29	\$ 45,000	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,219,349	\$ 35,361,107
1988	Marzo	31	\$ 52,900	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,433,412	\$ 44,435,770
1988	Abril	30	\$ 52,900	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,433,412	\$ 43,002,358
1988	Mayo	31	\$ 52,900	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,433,412	\$ 44,435,770
1988	Junio	30	\$ 52,900	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,433,412	\$ 43,002,358

1988	Julio	31	\$ 52,900	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,433,412	\$ 44,435,770
1988	Agosto	31	\$ 52,900	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,433,412	\$ 44,435,770
1988	Septiembre	30	\$ 52,900	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,433,412	\$ 43,002,358
1988	Octubre	31	\$ 52,900	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,433,412	\$ 44,435,770
1988	Noviembre	30	\$ 52,900	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,433,412	\$ 43,002,358
1988	Diciembre	31	\$ 52,900	5.12	138.85	27.0966	\$ 1,433,412	\$ 44,435,770
1989	Enero	31	\$ 66,150	6.57	138.85	21.1487	\$ 1,398,985	\$ 43,368,542
1989	Febrero	28	\$ 99,225	6.57	138.85	21.1487	\$ 2,098,478	\$ 58,757,380
1989	Marzo	31	\$ 66,150	6.57	138.85	21.1487	\$ 1,398,985	\$ 43,368,542
1989	Abril	30	\$ 106,000	6.57	138.85	21.1487	\$ 2,241,760	\$ 67,252,805
1989	Mayo	31	\$ 106,000	6.57	138.85	21.1487	\$ 2,241,760	\$ 69,494,565
1989	Junio	30	\$ 106,000	6.57	138.85	21.1487	\$ 2,241,760	\$ 67,252,805
1989	Julio	31	\$ 106,000	6.57	138.85	21.1487	\$ 2,241,760	\$ 69,494,565
1989	Agosto	31	\$ 106,000	6.57	138.85	21.1487	\$ 2,241,760	\$ 69,494,565
1989	Septiembre	30	\$ 106,000	6.57	138.85	21.1487	\$ 2,241,760	\$ 67,252,805
1989	Octubre	31	\$ 106,000	6.57	138.85	21.1487	\$ 2,241,760	\$ 69,494,565
1989	Noviembre	30	\$ 106,000	6.57	138.85	21.1487	\$ 2,241,760	\$ 67,252,805
1989	Diciembre	31	\$ 106,000	6.57	138.85	21.1487	\$ 2,241,760	\$ 69,494,565
1990	Enero	31	\$ 127,200	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,132,929	\$ 66,120,788
1990	Febrero	28	\$ 171,720	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,879,454	\$ 80,624,703
1990	Marzo	31	\$ 127,200	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,132,929	\$ 66,120,788
1990	Abril	30	\$ 127,200	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,132,929	\$ 63,987,859
1990	Mayo	31	\$ 127,200	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,132,929	\$ 66,120,788
1990	Junio	30	\$ 127,200	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,132,929	\$ 63,987,859
1990	Julio	31	\$ 127,200	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,132,929	\$ 66,120,788
1990	Agosto	31	\$ 127,200	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,132,929	\$ 66,120,788
1990	Septiembre	30	\$ 127,200	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,132,929	\$ 63,987,859
1990	Octubre	31	\$ 127,200	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,132,929	\$ 66,120,788
1990	Noviembre	30	\$ 186,760	8.28	138.85	16.7683	\$ 3,131,649	\$ 93,949,470
1990	Diciembre	31	\$ 153,590	8.28	138.85	16.7683	\$ 2,575,444	\$ 79,838,772
1991	Enero	31	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 80,642,465
1991	Febrero	28	\$ 277,223	10.96	138.85	12.6680	\$ 3,511,856	\$ 98,331,957
1991	Marzo	31	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 80,642,465
1991	Abril	30	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 78,041,095
1991	Mayo	31	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 80,642,465
1991	Junio	30	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 78,041,095
1991	Julio	31	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 80,642,465
1991	Agosto	31	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 80,642,465
1991	Septiembre	30	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 78,041,095
1991	Octubre	31	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 80,642,465
1991	Noviembre	30	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 78,041,095
1991	Diciembre	31	\$ 205,350	10.96	138.85	12.6680	\$ 2,601,370	\$ 80,642,465
1992	Enero	31	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 80,627,406
1992	Febrero	29	\$ 351,518	13.90	138.85	9.9886	\$ 3,511,189	\$ 101,824,495
1992	Marzo	31	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 80,627,406
1992	Abril	30	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 78,026,521
1992	Mayo	31	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 80,627,406
1992	Junio	30	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 78,026,521
1992	Julio	31	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 80,627,406
1992	Agosto	31	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 80,627,406
1992	Septiembre	30	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 78,026,521
1992	Octubre	31	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 80,627,406

1992	Noviembre	30	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 78,026,521
1992	Diciembre	31	\$ 260,384	13.90	138.85	9.9886	\$ 2,600,884	\$ 80,627,406
1993	Enero	31	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 80,541,216
1993	Febrero	28	\$ 439,398	17.40	138.85	7.9824	\$ 3,507,440	\$ 98,208,322
1993	Marzo	31	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 80,541,216
1993	Abril	30	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 77,943,113
1993	Mayo	31	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 80,541,216
1993	Junio	30	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 77,943,113
1993	Julio	31	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 80,541,216
1993	Agosto	31	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 80,541,216
1993	Septiembre	30	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 77,943,113
1993	Octubre	31	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 80,541,216
1993	Noviembre	30	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 77,943,113
1993	Diciembre	31	\$ 325,480	17.40	138.85	7.9824	\$ 2,598,104	\$ 80,541,216
1994	Enero	31	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 79,484,989
1994	Febrero	28	\$ 531,672	21.33	138.85	6.5105	\$ 3,461,444	\$ 96,920,433
1994	Marzo	31	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 79,484,989
1994	Abril	30	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 76,920,957
1994	Mayo	30	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 76,920,957
1994	Junio	30	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 76,920,957
1994	Julio	30	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 76,920,957
1994	Agosto	30	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 76,920,957
1994	Septiembre	30	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 76,920,957
1994	Octubre	30	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 76,920,957
1994	Noviembre	30	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 76,920,957
1994	Diciembre	30	\$ 393,831	21.33	138.85	6.5105	\$ 2,564,032	\$ 76,920,957
1995	Enero	30	\$ 464,721	26.15	138.85	5.3105	\$ 2,467,915	\$ 74,037,437
1995	Febrero	30	\$ 698,263	26.15	138.85	5.3105	\$ 3,708,146	\$ 111,244,388
1995	Marzo	30	\$ 464,721	26.15	138.85	5.3105	\$ 2,467,915	\$ 74,037,437
1995	Abril	30	\$ 464,721	26.15	138.85	5.3105	\$ 2,467,915	\$ 74,037,437
1995	Mayo	30	\$ 464,721	26.15	138.85	5.3105	\$ 2,467,915	\$ 74,037,437
1995	Junio	30	\$ 464,721	26.15	138.85	5.3105	\$ 2,467,915	\$ 74,037,437
1995	Julio	30	\$ 464,721	26.15	138.85	5.3105	\$ 2,467,915	\$ 74,037,437
1995	Agosto	30	\$ 464,721	26.15	138.85	5.3105	\$ 2,467,915	\$ 74,037,437
1995	Septiembre	30	\$ 464,721	26.15	138.85	5.3105	\$ 2,467,915	\$ 74,037,437
1995	Octubre	30	\$ 464,721	26.15	138.85	5.3105	\$ 2,467,915	\$ 74,037,437
1995	Noviembre	30	\$ 867,479	26.15	138.85	5.3105	\$ 4,606,773	\$ 138,203,185
1995	Diciembre	30	\$ 464,721	26.15	138.85	5.3105	\$ 2,467,915	\$ 74,037,437
1996	Enero	30	\$ 543,724	31.24	138.85	4.4452	\$ 2,416,942	\$ 72,508,272
1996	Febrero	30	\$ 770,895	19.46	138.85	7.1354	\$ 5,500,609	\$ 165,018,263
1996	Marzo	30	\$ 543,724	19.46	138.85	7.1354	\$ 3,879,663	\$ 116,389,898
1996	Abril	30	\$ 543,724	19.46	138.85	7.1354	\$ 3,879,663	\$ 116,389,898
1996	Mayo	30	\$ 620,842	19.46	138.85	7.1354	\$ 4,429,927	\$ 132,897,825
1996	Junio	30	\$ 607,989	19.46	138.85	7.1354	\$ 4,338,217	\$ 130,146,503
1996	Julio	30	\$ 607,989	19.46	138.85	7.1354	\$ 4,338,217	\$ 130,146,503
1996	Agosto	30	\$ 543,724	19.46	138.85	7.1354	\$ 3,879,663	\$ 116,389,898
1996	Septiembre	30	\$ 543,724	19.46	138.85	7.1354	\$ 3,879,663	\$ 116,389,898
1996	Octubre	30	\$ 543,724	19.46	138.85	7.1354	\$ 3,879,663	\$ 116,389,898
1996	Noviembre	30	\$ 543,724	19.46	138.85	7.1354	\$ 3,879,663	\$ 116,389,898
1996	Diciembre	30	\$ 543,724	19.46	138.85	7.1354	\$ 3,879,663	\$ 116,389,898
1997	Enero	30	\$ 858,000	38.00	138.85	3.6544	\$ 3,135,465	\$ 94,063,947
1997	Febrero	30	\$ 2,330,576	38.00	138.85	3.6544	\$ 8,516,829	\$ 255,504,869

1997	Marzo	30	\$ 858,000	38.00	138.85	3.6544	\$ 3,135,465	\$ 94,063,947
1997	Abril	30	\$ 1,045,733	38.00	138.85	3.6544	\$ 3,821,514	\$ 114,645,424
1997	Mayo	30	\$ 1,210,000	38.00	138.85	3.6544	\$ 4,421,809	\$ 132,654,284
1997	Junio	30	\$ 1,452,000	38.00	138.85	3.6544	\$ 5,306,171	\$ 159,185,141
1997	Julio	30	\$ 1,452,000	38.00	138.85	3.6544	\$ 5,306,171	\$ 159,185,141
1997	Agosto	30	\$ 1,210,000	38.00	138.85	3.6544	\$ 4,421,809	\$ 132,654,284
1997	Septiembre	30	\$ 1,210,000	38.00	138.85	3.6544	\$ 4,421,809	\$ 132,654,284
1997	Octubre	30	\$ 1,210,000	38.00	138.85	3.6544	\$ 4,421,809	\$ 132,654,284
1997	Noviembre	30	\$ 1,210,000	38.00	138.85	3.6544	\$ 4,421,809	\$ 132,654,284
1997	Diciembre	30	\$ 1,210,000	38.00	138.85	3.6544	\$ 4,421,809	\$ 132,654,284
1998	Enero	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1998	Febrero	30	\$ 1,984,212	44.72	138.85	3.1052	\$ 6,161,473	\$ 184,844,193
1998	Marzo	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1998	Abril	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1998	Mayo	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1998	Junio	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1998	Julio	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1998	Agosto	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1998	Septiembre	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1998	Octubre	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1998	Noviembre	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1998	Diciembre	30	\$ 1,469,787	44.72	138.85	3.1052	\$ 4,564,055	\$ 136,921,655
1999	Enero	30	\$ 1,712,302	52.18	138.85	2.6608	\$ 4,556,114	\$ 136,683,432
1999	Febrero	30	\$ 2,226,727	52.18	138.85	2.6608	\$ 5,924,903	\$ 177,747,085
1999	Marzo	30	\$ 1,712,302	52.18	138.85	2.6608	\$ 4,556,114	\$ 136,683,432
1999	Abril	30	\$ 1,712,302	52.18	138.85	2.6608	\$ 4,556,114	\$ 136,683,432
1999	Mayo	30	\$ 4,183,994	52.18	138.85	2.6608	\$ 11,132,823	\$ 333,984,695
1999	Junio	30	\$ 1,712,302	52.18	138.85	2.6608	\$ 4,556,114	\$ 136,683,432
1999	Julio	30	\$ 2,215,337	52.18	138.85	2.6608	\$ 5,894,596	\$ 176,837,885
1999	Agosto	30	\$ 2,127,810	52.18	138.85	2.6608	\$ 5,661,703	\$ 169,851,098
1999	Septiembre	30	\$ 1,712,302	52.18	138.85	2.6608	\$ 4,556,114	\$ 136,683,432
1999	Octubre	30	\$ 1,712,302	52.18	138.85	2.6608	\$ 4,556,114	\$ 136,683,432
1999	Noviembre	30	\$ 1,802,735	52.18	138.85	2.6608	\$ 4,796,740	\$ 143,902,190
1999	Diciembre	30	\$ 1,871,889	52.18	138.85	2.6608	\$ 4,980,745	\$ 149,422,364
2000	Enero	30	\$ 1,871,889	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,559,798	\$ 136,793,950
2000	Febrero	30	\$ 2,527,050	57.00	138.85	2.4359	\$ 6,155,727	\$ 184,671,821
2000	Marzo	30	\$ 1,871,889	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,559,798	\$ 136,793,950
2000	Abril	30	\$ 1,872,000	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,560,069	\$ 136,802,061
2000	Mayo	30	\$ 1,872,000	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,560,069	\$ 136,802,061
2000	Junio	30	\$ 1,986,000	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,837,765	\$ 145,132,956
2000	Julio	30	\$ 1,872,000	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,560,069	\$ 136,802,061
2000	Agosto	30	\$ 1,872,000	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,560,069	\$ 136,802,061
2000	Septiembre	30	\$ 1,872,000	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,560,069	\$ 136,802,061
2000	Octubre	30	\$ 1,872,000	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,560,069	\$ 136,802,061
2000	Noviembre	30	\$ 1,872,000	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,560,069	\$ 136,802,061
2000	Diciembre	30	\$ 1,872,000	57.00	138.85	2.4359	\$ 4,560,069	\$ 136,802,061
2001	Enero	30	\$ 2,048,708	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,589,059	\$ 137,671,759
2001	Febrero	30	\$ 3,073,062	61.99	138.85	2.2400	\$ 6,883,588	\$ 206,507,639
2001	Marzo	30	\$ 2,048,708	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,589,059	\$ 137,671,759
2001	Abril	30	\$ 2,048,708	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,589,059	\$ 137,671,759
2001	Mayo	30	\$ 2,837,000	61.99	138.85	2.2400	\$ 6,354,815	\$ 190,644,436
2001	Junio	30	\$ 2,048,708	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,589,059	\$ 137,671,759

2001	Julio	30	\$ 2,049,000	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,589,713	\$ 137,691,381
2001	Agosto	30	\$ 2,049,000	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,589,713	\$ 137,691,381
2001	Septiembre	30	\$ 2,049,000	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,589,713	\$ 137,691,381
2001	Octubre	30	\$ 2,049,000	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,589,713	\$ 137,691,381
2001	Noviembre	30	\$ 2,049,000	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,589,713	\$ 137,691,381
2001	Diciembre	30	\$ 2,049,000	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,589,713	\$ 137,691,381
2002	Enero	30	\$ 2,205,434	61.99	138.85	2.2400	\$ 4,940,121	\$ 148,203,638
2002	Febrero	30	\$ 2,922,482	66.73	138.85	2.0809	\$ 6,081,295	\$ 182,438,840
2002	Marzo	30	\$ 2,205,434	66.73	138.85	2.0809	\$ 4,589,214	\$ 137,676,407
2002	Abril	30	\$ 2,205,434	66.73	138.85	2.0809	\$ 4,589,214	\$ 137,676,407
2002	Mayo	30	\$ 2,205,434	66.73	138.85	2.0809	\$ 4,589,214	\$ 137,676,407
2002	Junio	30	\$ 2,205,434	66.73	138.85	2.0809	\$ 4,589,214	\$ 137,676,407
2002	Julio	30	\$ 2,205,434	66.73	138.85	2.0809	\$ 4,589,214	\$ 137,676,407
2002	Agosto	30	\$ 2,205,434	66.73	138.85	2.0809	\$ 4,589,214	\$ 137,676,407
2002	Septiembre	30	\$ 3,532,000	66.73	138.85	2.0809	\$ 7,349,620	\$ 220,488,606
2002	Octubre	30	\$ 2,205,434	66.73	138.85	2.0809	\$ 4,589,214	\$ 137,676,407
2002	Noviembre	30	\$ 2,205,434	66.73	138.85	2.0809	\$ 4,589,214	\$ 137,676,407
2002	Diciembre	30	\$ 2,205,434	66.73	138.85	2.0809	\$ 4,589,214	\$ 137,676,407
2003	Enero	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2003	Febrero	30	\$ 2,977,336	71.40	138.85	1.9449	\$ 5,790,521	\$ 173,715,623
2003	Marzo	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2003	Abril	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2003	Mayo	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2003	Junio	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2003	Julio	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2003	Agosto	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2003	Septiembre	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2003	Octubre	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2003	Noviembre	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2003	Diciembre	30	\$ 2,205,434	71.40	138.85	1.9449	\$ 4,289,275	\$ 128,678,235
2004	Enero	30	\$ 2,277,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 4,158,545	\$ 124,756,341
2004	Febrero	30	\$ 3,073,950	76.03	138.85	1.8263	\$ 5,614,035	\$ 168,421,060
2004	Marzo	30	\$ 2,473,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 4,516,505	\$ 135,495,139
2004	Abril	30	\$ 2,875,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 5,250,688	\$ 157,520,632
2004	Mayo	30	\$ 2,808,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 5,128,324	\$ 153,849,717
2004	Junio	30	\$ 2,277,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 4,158,545	\$ 124,756,341
2004	Julio	30	\$ 2,277,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 4,158,545	\$ 124,756,341
2004	Agosto	30	\$ 2,277,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 4,158,545	\$ 124,756,341
2004	Septiembre	30	\$ 2,277,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 4,158,545	\$ 124,756,341
2004	Octubre	30	\$ 2,277,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 4,158,545	\$ 124,756,341
2004	Noviembre	30	\$ 2,277,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 4,158,545	\$ 124,756,341
2004	Diciembre	30	\$ 2,935,000	76.03	138.85	1.8263	\$ 5,360,267	\$ 160,808,019
2005	Enero	30	\$ 2,466,954	80.21	138.85	1.7312	\$ 4,270,681	\$ 128,120,428
2005	Febrero	30	\$ 3,074,000	80.21	138.85	1.7312	\$ 5,321,572	\$ 159,647,158
2005	Marzo	30	\$ 2,441,906	80.21	138.85	1.7312	\$ 4,227,319	\$ 126,819,568
2005	Abril	30	\$ 2,441,906	80.21	138.85	1.7312	\$ 4,227,319	\$ 126,819,568
2005	Mayo	30	\$ 2,441,906	80.21	138.85	1.7312	\$ 4,227,319	\$ 126,819,568
2005	Junio	30	\$ 2,441,906	80.21	138.85	1.7312	\$ 4,227,319	\$ 126,819,568
2005	Julio	30	\$ 2,441,906	80.21	138.85	1.7312	\$ 4,227,319	\$ 126,819,568
2005	Agosto	30	\$ 2,441,906	80.21	138.85	1.7312	\$ 4,227,319	\$ 126,819,568
2005	Septiembre	30	\$ 2,927,000	80.21	138.85	1.7312	\$ 5,067,092	\$ 152,012,762
2005	Octubre	30	\$ 3,781,000	80.21	138.85	1.7312	\$ 6,545,499	\$ 196,364,966

2005	Noviembre	30	\$ 2,442,000	80.21	138.85	1.7312	\$ 4,227,482	\$ 126,824,450
2005	Diciembre	30	\$ 2,442,000	80.21	138.85	1.7312	\$ 4,227,482	\$ 126,824,450
2006	Enero	30	\$ 2,564,001	84.10	138.85	1.6510	\$ 4,233,168	\$ 126,995,048
2006	Febrero	30	\$ 3,418,668	84.10	138.85	1.6510	\$ 5,644,224	\$ 169,326,730
2006	Marzo	30	\$ 2,564,001	84.10	138.85	1.6510	\$ 4,233,168	\$ 126,995,048
2006	Abril	30	\$ 2,564,001	84.10	138.85	1.6510	\$ 4,233,168	\$ 126,995,048
2006	Mayo	30	\$ 2,564,001	84.10	138.85	1.6510	\$ 4,233,168	\$ 126,995,048
2006	Junio	30	\$ 2,564,001	84.10	138.85	1.6510	\$ 4,233,168	\$ 126,995,048
2006	Julio	30	\$ 2,564,001	84.10	138.85	1.6510	\$ 4,233,168	\$ 126,995,048
2006	Agosto	30	\$ 3,193,000	84.10	138.85	1.6510	\$ 5,271,646	\$ 158,149,387
2006	Septiembre	30	\$ 2,564,001	84.10	138.85	1.6510	\$ 4,233,168	\$ 126,995,048
2006	Octubre	30	\$ 2,564,001	84.10	138.85	1.6510	\$ 4,233,168	\$ 126,995,048
2006	Noviembre	30	\$ 2,564,001	84.10	138.85	1.6510	\$ 4,233,168	\$ 126,995,048
2006	Diciembre	30	\$ 2,564,001	84.10	138.85	1.6510	\$ 4,233,168	\$ 126,995,048
2007	Enero	30	\$ 2,679,382	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,234,065	\$ 127,021,948
2007	Febrero	30	\$ 3,576,782	87.87	138.85	1.5802	\$ 5,652,172	\$ 169,565,152
2007	Marzo	30	\$ 2,951,000	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,663,286	\$ 139,898,591
2007	Abril	30	\$ 2,679,382	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,234,065	\$ 127,021,948
2007	Mayo	30	\$ 2,679,382	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,234,065	\$ 127,021,948
2007	Junio	30	\$ 2,679,382	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,234,065	\$ 127,021,948
2007	Julio	30	\$ 2,679,382	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,234,065	\$ 127,021,948
2007	Agosto	30	\$ 2,679,382	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,234,065	\$ 127,021,948
2007	Septiembre	30	\$ 2,679,382	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,234,065	\$ 127,021,948
2007	Octubre	30	\$ 2,679,382	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,234,065	\$ 127,021,948
2007	Noviembre	30	\$ 2,679,382	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,234,065	\$ 127,021,948
2007	Diciembre	30	\$ 2,679,382	87.87	138.85	1.5802	\$ 4,234,065	\$ 127,021,948
2008	Enero	30	\$ 2,831,839	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,233,902	\$ 127,017,064
2008	Febrero	30	\$ 3,789,623	92.87	138.85	1.4951	\$ 5,665,892	\$ 169,976,749
2008	Marzo	30	\$ 3,094,000	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,625,861	\$ 138,775,826
2008	Abril	30	\$ 2,943,000	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,400,100	\$ 132,002,991
2008	Mayo	30	\$ 2,832,000	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,234,143	\$ 127,024,285
2008	Junio	30	\$ 2,832,000	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,234,143	\$ 127,024,285
2008	Julio	30	\$ 2,832,000	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,234,143	\$ 127,024,285
2008	Agosto	30	\$ 2,832,000	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,234,143	\$ 127,024,285
2008	Septiembre	30	\$ 2,832,000	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,234,143	\$ 127,024,285
2008	Octubre	30	\$ 2,832,000	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,234,143	\$ 127,024,285
2008	Noviembre	30	\$ 2,832,000	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,234,143	\$ 127,024,285
2008	Diciembre	30	\$ 2,832,000	92.87	138.85	1.4951	\$ 4,234,143	\$ 127,024,285
2009	Enero	30	\$ 3,049,041	100.00	138.85	1.3885	\$ 4,233,715	\$ 127,011,453
2009	Febrero	30	\$ 4,040,185	100.00	138.85	1.3885	\$ 5,609,958	\$ 168,298,742
2009	Marzo	30	\$ 3,049,041	100.00	138.85	1.3885	\$ 4,233,715	\$ 127,011,453
2009	Abril	30	\$ 3,049,041	100.00	138.85	1.3885	\$ 4,233,715	\$ 127,011,453
2009	Mayo	30	\$ 3,049,041	100.00	138.85	1.3885	\$ 4,233,715	\$ 127,011,453
2009	Junio	30	\$ 4,211,000	100.00	138.85	1.3885	\$ 5,847,142	\$ 175,414,246
2009	Julio	30	\$ 3,049,041	100.00	138.85	1.3885	\$ 4,233,715	\$ 127,011,453
2009	Agosto	30	\$ 3,049,041	100.00	138.85	1.3885	\$ 4,233,715	\$ 127,011,453
2009	Septiembre	30	\$ 3,049,041	100.00	138.85	1.3885	\$ 4,233,715	\$ 127,011,453
2009	Octubre	30	\$ 3,049,041	100.00	138.85	1.3885	\$ 4,233,715	\$ 127,011,453
2009	Noviembre	30	\$ 3,049,041	100.00	138.85	1.3885	\$ 4,233,715	\$ 127,011,453
2009	Diciembre	30	\$ 3,049,041	100.00	138.85	1.3885	\$ 4,233,715	\$ 127,011,453
2010	Enero	30	\$ 3,110,220	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,233,910	\$ 127,017,295
2010	Febrero	30	\$ 4,199,000	102.00	138.85	1.3613	\$ 5,716,055	\$ 171,481,638

2010	Marzo	30	\$ 3,110,220	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,233,910	\$ 127,017,295
2010	Abril	30	\$ 3,110,220	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,233,910	\$ 127,017,295
2010	Mayo	30	\$ 3,110,220	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,233,910	\$ 127,017,295
2010	Junio	30	\$ 3,110,220	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,233,910	\$ 127,017,295
2010	Julio	30	\$ 3,110,220	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,233,910	\$ 127,017,295
2010	Agosto	30	\$ 3,110,220	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,233,910	\$ 127,017,295
2010	Septiembre	30	\$ 3,110,220	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,233,910	\$ 127,017,295
2010	Octubre	30	\$ 3,110,220	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,233,910	\$ 127,017,295
2010	Noviembre	30	\$ 3,131,554	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,262,952	\$ 127,888,547
2010	Diciembre	30	\$ 3,110,220	102.00	138.85	1.3613	\$ 4,233,910	\$ 127,017,295
2011	Enero	30	\$ 3,209,000	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,234,105	\$ 127,023,153
2011	Febrero	30	\$ 4,297,118	105.24	138.85	1.3194	\$ 5,669,819	\$ 170,094,571
2011	Marzo	30	\$ 3,209,000	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,234,105	\$ 127,023,153
2011	Abril	30	\$ 3,240,116	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,275,161	\$ 128,254,831
2011	Mayo	30	\$ 3,209,000	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,234,105	\$ 127,023,153
2011	Junio	30	\$ 3,209,000	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,234,105	\$ 127,023,153
2011	Julio	30	\$ 3,209,000	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,234,105	\$ 127,023,153
2011	Agosto	30	\$ 3,209,000	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,234,105	\$ 127,023,153
2011	Septiembre	30	\$ 3,209,000	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,234,105	\$ 127,023,153
2011	Octubre	30	\$ 3,209,000	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,234,105	\$ 127,023,153
2011	Noviembre	30	\$ 3,209,000	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,234,105	\$ 127,023,153
2011	Diciembre	30	\$ 3,209,000	105.24	138.85	1.3194	\$ 4,234,105	\$ 127,023,153
2012	Enero	30	\$ 3,360,377	109.16	138.85	1.2721	\$ 4,274,577	\$ 128,237,322
2012	Febrero	30	\$ 4,537,000	109.16	138.85	1.2721	\$ 5,771,304	\$ 173,139,124
2012	Marzo	30	\$ 3,360,377	109.16	138.85	1.2721	\$ 4,274,577	\$ 128,237,322
2012	Abril	30	\$ 3,360,377	109.16	138.85	1.2721	\$ 4,274,577	\$ 128,237,322
2012	Mayo	30	\$ 3,360,377	109.16	138.85	1.2721	\$ 4,274,577	\$ 128,237,322
2012	Junio	30	\$ 3,360,377	109.16	138.85	1.2721	\$ 4,274,577	\$ 128,237,322
2012	Julio	30	\$ 3,830,000	109.16	138.85	1.2721	\$ 4,871,963	\$ 146,158,881
2012	Agosto	30	\$ 4,366,000	109.16	138.85	1.2721	\$ 5,553,783	\$ 166,613,492
2012	Septiembre	30	\$ 4,366,000	109.16	138.85	1.2721	\$ 5,553,783	\$ 166,613,492
2012	Octubre	30	\$ 4,366,000	109.16	138.85	1.2721	\$ 5,553,783	\$ 166,613,492
2012	Noviembre	30	\$ 4,366,000	109.16	138.85	1.2721	\$ 5,553,783	\$ 166,613,492
2012	Diciembre	30	\$ 4,366,000	109.16	138.85	1.2721	\$ 5,553,783	\$ 166,613,492
2013	Enero	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2013	Febrero	30	\$ 5,733,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 7,119,300	\$ 213,578,996
2013	Marzo	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2013	Abril	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2013	Mayo	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2013	Junio	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2013	Julio	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2013	Agosto	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2013	Septiembre	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2013	Octubre	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2013	Noviembre	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2013	Diciembre	30	\$ 4,516,000	111.82	138.85	1.2418	\$ 5,608,016	\$ 168,240,493
2014	Enero	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914
2014	Febrero	30	\$ 5,973,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 7,276,333	\$ 218,289,977
2014	Marzo	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914
2014	Abril	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914
2014	Mayo	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914
2014	Junio	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914

2014	Julio	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914
2014	Agosto	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914
2014	Septiembre	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914
2014	Octubre	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914
2014	Noviembre	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914
2014	Diciembre	30	\$ 4,649,000	113.98	138.85	1.2182	\$ 5,663,430	\$ 169,902,914
2015	Enero	30	\$ 5,442,000	118.15	138.85	1.1752	\$ 6,395,538	\$ 191,866,136
2015	Febrero	30	\$ 6,022,000	118.15	138.85	1.1752	\$ 7,077,164	\$ 212,314,933
2015	Marzo	30	\$ 4,649,000	118.15	138.85	1.1752	\$ 5,463,590	\$ 163,907,693
2015	Abril	30	\$ 4,649,000	118.15	138.85	1.1752	\$ 5,463,590	\$ 163,907,693
2015	Mayo	30	\$ 4,649,000	118.15	138.85	1.1752	\$ 5,463,590	\$ 163,907,693
2015	Junio	30	\$ 4,866,000	118.15	138.85	1.1752	\$ 5,718,612	\$ 171,558,364
2015	Julio	30	\$ 4,866,000	118.15	138.85	1.1752	\$ 5,718,612	\$ 171,558,364
2015	Agosto	30	\$ 4,265,000	118.15	138.85	1.1752	\$ 5,012,306	\$ 150,369,178
2015	Septiembre	30	\$ 3,960,385	118.15	138.85	1.1752	\$ 4,654,317	\$ 139,629,505
2015	Octubre	30	\$ 3,960,385	118.15	138.85	1.1752	\$ 4,654,317	\$ 139,629,505
2015	Noviembre	30	\$ 3,960,385	118.15	138.85	1.1752	\$ 4,654,317	\$ 139,629,505
2015	Diciembre	30	\$ 3,960,385	118.15	138.85	1.1752	\$ 4,654,317	\$ 139,629,505
2016	Enero	30	\$ 4,228,504	126.15	138.85	1.1007	\$ 4,654,358	\$ 139,630,728
2016	Febrero	30	\$ 5,916,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 6,511,802	\$ 195,354,051
2016	Marzo	30	\$ 4,229,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 4,654,904	\$ 139,647,107
2016	Abril	30	\$ 4,229,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 4,654,904	\$ 139,647,107
2016	Mayo	30	\$ 5,498,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 6,051,705	\$ 181,551,145
2016	Junio	30	\$ 4,229,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 4,654,904	\$ 139,647,107
2016	Julio	30	\$ 4,352,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 4,790,291	\$ 143,708,728
2016	Agosto	30	\$ 4,352,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 4,790,291	\$ 143,708,728
2016	Septiembre	30	\$ 4,352,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 4,790,291	\$ 143,708,728
2016	Octubre	30	\$ 4,352,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 4,790,291	\$ 143,708,728
2016	Noviembre	30	\$ 4,352,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 4,790,291	\$ 143,708,728
2016	Diciembre	30	\$ 4,352,000	126.15	138.85	1.1007	\$ 4,790,291	\$ 143,708,728
2017	Enero	30	\$ 4,352,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,529,937	\$ 135,898,112
2017	Febrero	30	\$ 4,852,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 5,050,380	\$ 151,511,407
2017	Marzo	30	\$ 4,602,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,790,159	\$ 143,704,759
2017	Abril	30	\$ 4,602,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,790,159	\$ 143,704,759
2017	Mayo	30	\$ 4,602,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,790,159	\$ 143,704,759
2017	Junio	30	\$ 4,602,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,790,159	\$ 143,704,759
2017	Julio	30	\$ 4,602,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,790,159	\$ 143,704,759
2017	Agosto	30	\$ 4,602,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,790,159	\$ 143,704,759
2017	Septiembre	30	\$ 4,602,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,790,159	\$ 143,704,759
2017	Octubre	30	\$ 4,602,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,790,159	\$ 143,704,759
2017	Noviembre	30	\$ 4,602,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,790,159	\$ 143,704,759
2017	Diciembre	30	\$ 4,602,000	133.40	138.85	1.0409	\$ 4,790,159	\$ 143,704,759

	IBL TODA LA VIDA	IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS
TOTAL DIAS TRABAJADOS	11149	3600
TOTAL SALARIO DEVENGADO	\$ 45,079,962,837	\$ 17,751,011,808
IBL	\$ 4,043,409	\$ 4,930,837
MONTO	90.00%	90.00%
VALOR MESADA PENSIONAL (2018)	\$3,639,068	\$4,437,753

Para los años subsiguientes, aplicando los incrementos anuales pertinentes, se obtienen las siguientes sumas:

AÑO	MESADA	INCREMENTO
2018	\$ 4,437,753	3.18%
2019	\$ 4,578,873	3.80%
2020	\$ 4,752,871	1.61%
2021	\$ 4,829,392	

Procede el pago de las diferencias pensionales causadas a partir del 1 de enero de 2018 (primera mesada pensional) pues no operó la prescripción sobre las diferencias causadas, dado que la Resolución que resolvió la reclamación administrativa se notificó el 26 de septiembre de 2018 (SUB 238484 del 10 de septiembre de 2018 - ver folio 47) y la demanda se presentó el 29 noviembre de 2018 (folio 58).

(iii) Finalmente estudiando en CONSULTA en favor de COLPENSIONES se confirmará la imposición del pago de la prestación en 13 mesadas anuales, pues así lo impone el inciso 8 y el párrafo 6 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la prestación se causó después del 31 de julio de 2011 (se causó el 1 de enero de 2018).

Sin embargo, se revocará la condena al pago de intereses moratorios pues los valores reconocidos en sede judicial se causaron por la aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial, y no por una omisión en la que hubiera incurrido la administradora de pensiones. En su lugar se ordenará la indexación de las sumas adeudadas (diferencias), para lo cual se deberá aplicar la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante mes a mes (diferencias de mesada), por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reajustar la mesada pensional que viene pagando a CLARA INÉS SOLÓRZANO VÉLEZ hasta llegar a los siguientes valores: \$4.437.753 para el 2018, \$4.578.873 para el 2019, \$4.752.871 para el 2020 y \$4.829.392 para el 2021.
2. **REVOCAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia. En su lugar, se **CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a indexar las diferencias generadas entre las mesadas pensionales pagadas y los valores aquí reconocidos, hasta el momento en que se efectúe el pago.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

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 BOGOTA D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARIO ENRIQUE BOHÓRQUEZ GUERRERO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

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 para resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor, la sentencia dictada por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de febrero de 2021, en la cual se condenó a pagar pensión de sobrevivencia.

Téngase a la doctora VIVIANA MORENO ALVARADO, con T.P. 269.607 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme la sustitución de poder que le fue conferida (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARIO ENRIQUE BOHÓRQUEZ GUERRERO presentó demanda contra COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario le sea reconocida pensión de sobreviviente desde la fecha de muerte de su esposa OLGA MARÍA LIZARAZO DE BOHÓRQUEZ (el 6 de diciembre de 2017), con intereses de mora. Afirma que contrajeron

matrimonio el 15 de julio de 1978, dependía económicamente de su esposa quien falleció el 6 de diciembre de 2017 y con quien procreó un hijo de nombre ANDRÉS HERNÁN BOHÓRQUEZ LIZARAZO. Manifiesta que COLPENSIONES negó la prestación mediante la resolución SUB 119235 del 4 de mayo de 2018, con el argumento de no poder tener en cuenta 190 semanas de aportes efectuados antes del fallecimiento, por haber sido cotizados luego de que le fuera reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (el 15 de abril de 2010). Mediante resoluciones SUB 175532 del 29 de junio de 2018 y DIR 12770 del 11 de julio siguiente, agotó los trámites ante la demandada (folios 24 a 26).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por COLPENSIONES mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que según el artículo 2º del Decreto 758 de 1990, la causante se encontraba excluida del seguro de invalidez, vejez y muerte, por haber recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el 15 de abril de 2010, en que se tuvieron en cuenta 346 semanas cotizadas. Propuso como excepciones las denominadas *“PRESCRIPCIÓN”*, *“INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”*, *“COBRO DE LO NO DEBIDO”*, *“BUENA FE DE COLPENSIONES”*, *“PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS”*, *“NO CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL PAGO DE INTERESS MORATORIOS NI INDEMNIZACIÓN MORATORIA”*, *“CARENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR”*, *“COMPENSACIÓN”*, *“NO PROCEDENCIA AL PAGO DE COSTAS EN INSTITUCIONES ADMINISTRADORA DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ORDEN PÚBLICO”* e *“INNOMINADA O GENÉRICA”* (folios 31 a 36).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de diciembre de 2020 en la cual condenó a COLPENSIONES a pagar pensión de sobreviviente en favor de MARIO ENRIQUE BOHÓRQUEZ GUERRERO a partir del 7 de diciembre de 2017. Para tomar su decisión estimó que la pensión de sobrevivientes reclamada es

compatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que había recibido la causante, pues se trata de diferentes contingencias. En cuanto a los requisitos que debía cumplir el demandante para acceder a la prestación señaló que se acreditaron 141.43 semanas cotizadas dentro de los 3 años previos al fallecimiento, y la exigencia de cinco (5) años de convivencia con el causante solo procede cuando se trata de un pensionado, por lo cual bastaba con acreditar que el vínculo matrimonial estaba vigente en la fecha del deceso. Condenó al pago de intereses moratorios.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: DECLARAR que la señora OLGA MARÍA LIZARAZO DE BOHORQUEZ (sic) (q.e.p.d.) dejó causada la pensión de sobreviviente, bajo los postulados del artículo 46 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, conforme a la parte motiva de este fallo. SEGUNDO: DECLARAR que el señor MARIO ENRIQUE BOHORQUEZ (sic) GUERRERO identificado con C.C (sic) 19.122.233 es beneficiario de la pensión de sobrevivientes a partir del 7 de diciembre de 2017, conforme la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a pagar a favor de la (sic) demandante MARIO ENRIQUE BOHORQUEZ (sic) GUERRERO identificado con C.C (sic) 19.122.233 el retroactivo causado a partir del 07 de diciembre de 2017, en 13 mesadas al año, teniendo como primera mesada pensional la suma del SMLMV de cada año. CUARTO: CONDENAR la (sic) ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar a favor de MARIO ENRIQUE BOHORQUEZ (sic) GUERRERO identificado con C.C (sic) 19.122.233, los intereses moratorios a partir 22 (sic) de mayo de 2018 y hasta el pago efectivo del retroactivo causado (sic) QUINTO: DECLARAR probada la excepción de compensación propuesta por COLPENSIONES y no probadas las demás. SEXTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar la suma otorgada por concepto de indemnización sustitutiva a la causante, conforme a la parte motiva de esta providencia. SEPTIMO (sic): AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar la suma correspondiente de aportes para salud. OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a la (sic) COLPENSIONES. Se fijan como agencias

en derecho la suma (sic) 1SMMLMV por secretaria (sic) efectúese la respectiva liquidación de costas en (sic) oportunidad procesal pertinente.” (CD 2 Min 31:08)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que no es dable tener en cuenta los aportes efectuados por la causante luego del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez, conforme al artículo 24 del Decreto 758 de 1990, pues al recibir dicho pago quedó excluida del amparo de los riesgos de invalidez vejez y muerte, máxime cuando tales aportes fueron devueltos al empleador, quien debió ser citado como litisconsorte necesario¹ (Cd 2 Min 51:41).

¹ *“Sí, su señoría, muy respetuosamente... del término procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación ante los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, el cual me permito sustentar de la siguiente forma, solicitándole a ustedes señores magistrados, muy respetuosamente, revocar la sentencia proferida por el a quo, si a bien se tiene en cuenta, señores magistrados, que como se manifestó en los alegatos de conclusión, pues no es dable tener en cuenta los aportes que se realizaron del 15 de abril del 2010, por la empresa JUAN ALFONSO TORRES... personal para pensión, para los ciclos del 1º del 2014, de enero de 2014, hasta el 12 de diciembre de 2017, no pueden ser tenidos en cuenta, señores magistrados, para el estudio de la prestación solicitada, toda vez que la causante, la señora OLGA MARÍA LIZARAZO DE BOHÓRQUEZ, ya se encontraba excluida de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, debido a que, como se manifestó, el ISS ya le había reconocido, mediante Resolución 105354 de 2010, una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo cual los aportes que corresponden al tiempo laborado con la empresa JUAN ALFONSO TORRES... fueron devueltos en su totalidad a nombre del empleador, por ser quien realizó el pago total de las cotizaciones y, según lo establece, señores magistrados, no se puede dejar de lado lo establecido en el artículo 22 de la Ley 100 del 93, en donde se, se suscribe la obligación del empleador, dado que el, el responsable, dado que los aportes que éste tiene que realizar... del 75% y el 25% el empleador (sic), como ya se ha manifestado, pues los aportes fueron devueltos en su totalidad al, al, al empleador, quien debería pues responder aquí por el 25% a la, a la, a la trabajadora. De otra parte, señores magistrados, pues téngase en cuenta que no sólo se está condenando a mi representada al reconocer una pretensión social, con intereses moratorios, teniéndose en cuenta que ya se había reconocido, por parte de la demandante (sic) una indemnización sustitutiva, que fue reconocida en vida de ésta, y es que si a bien se tiene en cuenta, señores magistrados, no es, no es dable ni viable que mi representada hubiera reconocido un reconocimiento pensional de sobreviviente, cuando la misma norma es expresa, clara y completa, cuando en su artículo 24 el Decreto 758 de 1990, señala que las, que las pensionados por seguros de invalidez, vejez y muerte, o que les hubieran recibido indemnización sustitutiva, no podrán afiliarse para este seguro. Téngase en cuenta que mi representada es una entidad pública, que se sujeta expresamente a lo que la norma regula, al imperio de la Ley, está supeditada a éste, siendo así, señores magistrados, que tampoco se puede desconocer y dejar de un lado lo establecido en este artículo, que a bien se tiene en cuenta, que los aportes que se pretenden tener en cuenta tampoco están, tampoco fueron pagados ni están dentro, del presupuesto de mi, de mi o de, o de las cuentas de mis representada, o sea, fueron aportes que ni siquiera se realizaron y si a bien se tiene*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que OLGA MARÍA LIZARAZO DE BOHÓRQUEZ falleció el 6 de diciembre de 2017 (folio 8), ni la calidad de beneficiario de los derechos pensionales que se deriven de su muerte en el demandante respecto, conclusión a la que llegó la juez de primera instancia y no fue objeto de apelación. Sobre esto último se aportó además el registro civil de matrimonio entre MARIO ENRIQUE BOHÓRQUZ GUERRERO y la causante celebrado el 15 de julio de 1978 del cual se evidencia que la sociedad conyugal se encontraba vigente para la fecha en que murió la causante (folio 7), y el expediente administrativo de la causante, en el cual obran declaraciones extra-proceso rendidas el 16 de marzo de 2018 por María del Pilar Triviño Granados y María Fidelia Granados, que dan cuenta de la convivencia entre el demandante y la cónyuge hasta su deceso (correo electrónico, Archivo GRP-MCC-TE-2018_3260308-20180321033201.pdf).

en cuenta, tampoco se llamó en un litisconsorcio necesario a la empresa, a la empresa quien debería entonces efectivamente realizar y pagar estos aportes. Entonces siendo así que no es dable, cuando no se encuentran estos aportes y esos dineros, que mi representada reconozca una prestación, cuando no se, no se cumplen los requisitos para la misma y se está yendo en contravía de la misma normatividad, que es lo que estipula el artículo 24 del Decreto 758 de 1990. Aunado a eso, señores magistrados, pues téngase en cuenta, que, como lo ha dicho lo ha manifestado la jurisprudencia, pues si bien es cierto, los intereses moratorios proceden cuando se han dejado de pagar mesadas pensionales, siendo el caso que no, en el caso que nos ocupa, pues jamás se ha dejado de, de hacer ningún tipo de pago, si a bien se tiene en cuenta que el demandante no tiene sustento jurídico ni práctico, para el reconocimiento de la prestación que aquí se invoca. De otra parte, señores magistrados, ruego muy respetuosamente a ustedes, hacer pues, hacer un estudio frente a, frente a una posible nulidad que se puede decretar por no integrar como un litisconsorcio necesario a la empresa o al empleador que, al cual se le fueron devueltos los aportes. De esta forma, dejo sustentados mis alegat... mi recurso, señores magistrados, teniéndose en cuenta que si no, que si no se hacen estos aportes, pues también puede causar un desfinanciamiento en el sistema y no solamente estamos hablando de un desfinanciamiento del sistema porque es Colpensiones la que tiene que pagar todo, sino que simplemente es un fondo común, donde no solamente se ve perjudicada Colpensiones como una entidad, sino simplemente se ven perjudicados todos sus afiliados que están cotizando al sistema, que son solidarios con el sistema y a futuro se puede ocasionar un perjuicio irremediable a estos, al sistema no tener sustento para poder sustentar los reconocimientos pensionales, si a bien se tiene en cuenta que Colpensiones es una de las entidades más demandadas y que todos los casos en particular, en estos se tiene que tener en cuenta el cumplimiento estricto de los requisitos que exige la Ley, que es lo que permite y lo que hace el actuar de mi representada, señores magistrados, de esta forma dejo sustentado mi recurso. Muchas gracias”.

En consonancia con el recuso propuesto el Tribunal debe definir si el demandante demostró las condiciones para acceder a la pensión de sobrevivencia por muerte de su cónyuge.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 –norma vigente para la fecha del óbito- establece el derecho a la pensión de sobrevivientes por muerte para *“[l]os miembros del grupo de familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos inmediatamente anteriores al fallecimiento”*.

Sobre el acceso a la prestación en personas que recibieron indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL4064 del 4 de septiembre de 2019, Radicación No. 61384, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO) que dicho pago, como su mismo nombre lo indica, sustituye la *pensión de vejez* y no otras contingencias que también puede amparar el sistema, como la invalidez y la muerte y por ello, los aportes que se efectúen con posterioridad al recibo de dicha prestación (*indemnización sustitutiva de la pensión de vejez*) resultan plenamente válidos para causar las demás prestaciones que otorga el Sistema por invalidez y por muerte del afiliado.

En la sentencia referida la Corte estimó que: *“el hecho de que al afiliado fallecido se le hubiera reconocido en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no impide que sus beneficiarios reciban la pensión de sobrevivientes, como se ha dicho, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 34014 y, más recientemente, en la CSJ SL372-2013, en donde se adoctrinó: (...) Para la Corte, ninguna razón válida existe para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del causante, pretextando el hecho de que a éste, le fue reconocida en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la medida en que no se trata de la misma contingencia respecto de la cual se canceló la suma indemnizatoria. En un caso diferente, donde se pretendía el reconocimiento y pago de la pensión de*

invalidez, no obstante que el afiliado había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pero que se acomoda al caso objeto de estudio, la Sala en sentencia del 20 de noviembre de 2007, radicación 30123, al fijar el alcance del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, precisó: ‘si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que “hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común”, ello no debe entenderse que dentro de ese grupo se encuentren aquellos con posibilidades de beneficiarse con una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva”. Más bien, frente a la comentada norma, lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez, situación que fue la que aconteció en el presente asunto”.

Con las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales se deben tener en cuenta para la prestación por muerte de la causante, los aportes que voluntariamente efectuó con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, y dado que con ellos se alcanzaron 141.43 semanas de aportes cotizados dentro de los 3 años anteriores al momento del fallecimiento (ver Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones – folios 3 a 5), se confirmará la decisión de primera instancia que ordenó el pago de la prestación.

Sobre los otros requisitos de acceso a la prestación en el demandante, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente para la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la pensión de sobreviviente, en forma vitalicia, a la cónyuge o al (la) compañero(a) permanente supérstite del pensionado o afiliado², si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con

² Sentencia SU-142 de 2021

él por un período no inferior a cinco (5) años continuos antes del óbito; y en forma temporal, al (la) cónyuge o compañero(a) permanente supérstite del pensionado o afiliado que tenga menos de 30 años de edad y no haya procreado hijos con éste.

Tales condiciones se demostraron cumplidas por el demandante pues se demostró que integraba con su esposa una familia constituida por el vínculo jurídico del matrimonio, con clara vocación de permanencia en el tiempo: fue su cónyuge durante 39 años, 4 meses y 21 días, hasta el 6 de diciembre de 2017, fecha del deceso de OLGA MARÍA LIZARAZO DE BOHÓRQUEZ (folio 7), y convivió con ella hasta el momento de muerte, según lo declararon el 16 de marzo de 2018 ante notario MARÍA DEL PILAR TRIVIÑO GRANADOS Y MARÍA FIDELIA GRANADOS (correo electrónico, Archivo GRP-MCC-TE-2018_3260308-20180321033201.pdf). Este aspecto de la controversia -dicho sea de paso- no fue la materia objeto de apelación por la demandada en el recurso.

La pensión procedía en mesadas de 1 SMMLV, pues además de que esta materia no puede ser modificada pues se está conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, la causante efectuó sus cotizaciones sobre esta base salarial; y se deben pagar 13 mesadas anuales de conformidad con lo establecido en el parágrafo transitorio No. 6 del Acto Legislativo 01 de 2005 pues el derecho se causó después del 31 de julio de 2011 -6 de diciembre de 2017 (folio 8) como lo dispuso la sentencia apelada.

Igualmente se confirmará la condena que dictó la juez por intereses moratorios. Estos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, corren una vez transcurre el plazo de 2 meses desde la reclamación, y la entidad adeuda las mesadas causadas desde el 7 de diciembre de 2017 que le fueron reclamadas el 21 de marzo de 2018 (folios 11 a 23), por lo cual procedía el pago de intereses de mora desde el 22 de mayo de 2017.

También se confirmará la condena en COSTAS contra de la entidad demandada, 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 COLPENSIONES según el texto de su contestación, en el cual planteó además controversia frente a los argumentos que ésta expuso, y resultó vencida en dicha contienda.

La Sala no se pronunciará sobre la devolución de los aportes que la demandada dice haber entregado al empleador, pues éste no fue parte en el proceso, ni se le podía estimar como un *litisconsorte necesario* de la parte demandada, en la medida en que la controversia bien se podía desatar sin su presencia, y la decisión no lo podía cobijar de manera uniforme, como lo exige el artículo 61 del CGP para esta forma de intervención procesal.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES.

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 TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$300.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.', with a horizontal line through the middle of the letters.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLORIA INÉS HERNÁNDEZ
GIRALDO CONTRA AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.
AVIANCA**

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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2020 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a AVIANCA a reajustar la primera mesada de una pensión voluntaria de carácter compartida que había reconocido a favor de la demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLORIA INÉS HERNÁNDEZ GIRLADO presentó demanda contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene el reajuste de la pensión reconocida a su favor mediante acuerdo conciliatorio, incluyendo en la base salarial los viáticos por alojamiento causados en el último año de servicios. Como fundamento de sus pretensiones afirma que trabajó para AVIANCA entre el 14 de julio de 1969 y el 31 de diciembre de 2003 en el cargo de auxiliar de vuelo internacional, y recibía salario variable que incluía viáticos por manutención y alojamiento que no fueron tenidos en cuenta para definir el IBL de la prestación. Pide que se

ordene a la demandada pagar el mayor valor de la pensión, o se pague con destino a COLPENSIONES el cálculo actuarial de las diferencias a fin de que esta entidad asuma el pago total de la pensión. Además, reclama el pago indexado de las condenas y el reconocimiento de intereses moratorios (ver demanda en folios 3 a 41 y reforma en folios 395 a 435 del expediente).

Notificada la demanda fue contestada por AVIANCA S.A. mediante apoderado quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que las partes conciliaron de mutuo acuerdo el reconocimiento de una pensión anticipada, temporal y voluntaria a favor de la demandante, y por ello sobre el monto reconocido opera el efecto de cosa juzgada. Frente a los hechos que fundamentan la acción afirma que la empresa contrata con hoteles el suministro de habitaciones para la tripulación como medios para desempeñar a cabalidad sus funciones y no como contraprestación por el servicio, y que no es procedente incluir dichos valores en la base salarial en consonancia con lo establecido en el numeral 2° del artículo 16 de la Ley 50 de 1990, que reformó el artículo 129 del CST, y lo dispuesto en las cláusulas 67A y 106 de la Convención Colectiva de Trabajo. Propuso como excepciones previas las de *cosa juzgada, prescripción e inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones¹*, y propuso como excepciones de mérito las de *cosa juzgada, conciliación, pago, correcto pago y liquidación de los viáticos, liquidación y pago de las diferentes acreencias laborales de manera completa, naturaleza no salarial de las habitaciones, inexistencia de las obligaciones, cumplimiento de las demandas de las obligaciones, cobro de lo no debido, ausencia de prueba, prescripción y compensación* (ver contestación en folios 295 a 308).

Terminó la primera instancia con sentencia de 19 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a AVIANCA S.A. a reajustar la primera mesada de una pensión voluntaria de carácter compartida reconocida a favor de la demandante. La

¹ En la audiencia celebrada el 13 de diciembre de 2019, el apoderado de AVIANCA desistió de la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, y pidió que las excepciones de cosa juzgada y prescripción no se estudien como excepciones previas sino de fondo en la sentencia que decida la instancia (CD 5, audio No. 1).

parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR que la demandante GLORIA INÉS HERNANDEZ GIRALDO tiene derecho a la reliquidación de su pensión por vejez, a partir del 17 de diciembre de 2003, en cuantía inicial para el 2003 de \$3.323.646. SEGUNDO: CONDENAR a AVIANCA SA, a PAGAR a la demandante GLORIA INÉS HERNANDEZ GIRALDO el mayor valor que se genere en relación con la mesada pensional reconocida por COLPENSIONES, y AVIANCA de ser del caso, a partir del 20 de febrero del 2016, teniendo en cuenta como mesada para esta anualidad de \$5.872.715, y aplicando los reajustes anuales para los años siguientes. PARAGRAFO: Se ordena a la demandada efectuar el pago de indexado de las mesadas pensionales, desde la fecha de su causación a la fecha de su pago, y se autoriza a la demandada realizar los respectivos descuentos por aportes a salud. TERCERO: DECLARAR PROBADO PARCIALMENTE la excepción de prescripción propuesta por la demandada, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 20 de febrero de 2016. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la demandada. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada AVIANCA*” (audiencia virtual No 2, minuto 21:33 – CD 5 del expediente).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que no operó el efecto de cosa juzgada sobre el monto de la pensión de jubilación reconocida a favor de la demandante, ni sobre los aportes pensionales, y encontró procedente la reliquidación de la primera mesada de dicha prestación teniendo en cuenta los viáticos por alojamiento dado que estos constituyen factor salarial. Para el efecto tomó los valores establecidos en el dictamen pericial que aportó la parte demandante, los cuales no fueron objetados por la empresa demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la parte demandada pide que se revoque la decisión de primera instancia. Insiste en que operó el efecto de cosa juzgada

sobre las materias que se reclaman, pues el objeto de la conciliación fue precisamente establecer el monto de una pensión anticipada de carácter voluntario, pensión que no está sujeta a la regulación legal. De todas formas, y al margen de que se pueda entender que los viáticos permanentes son salario cuando son habituales, ello se debe interpretar conforme a lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo. Además, advirtió que en el dictamen pericial no se podían hacer apreciaciones jurídicas y por ello no se puede tener en cuenta para acceder a las pretensiones de la demanda (audiencia virtual No 2, minuto 23:47 – CD 5 del expediente)².

² *“De manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia por el despacho por las siguientes razones, las cuales me reservo el derecho a ampliar ante el tribunal conforme al decreto 860. En primer lugar, el juez hace un estudio juicioso de la cosa juzgada y no la da por probada, en cuanto establece que el tema tratado en esa conciliación no es el mismo sobre el cual versa el presente proceso. Si bien son las mismas partes. No obstante su señoría, en la sentencia en la cual condena a mi procurada la condena a reliquidar una pensión extra legal y exactamente ese fue el objeto de la conciliación entre las partes, establecer el monto de una pensión anticipada extralegal. Luego, no se entiende cómo una pensión extralegal a la cual llegan las partes a un acuerdo que establecen en un acta de conciliación la cual hace tránsito a cosa juzgada, ahora se dice que esto no fue parte del acuerdo, cuando fue exactamente el acuerdo. La pensión pactada por las partes como bien lo dice su señoría al no condenar a los intereses moratorios de la ley 100 del 93, no tiene regulación legal. En la ley no se dice ni el monto ni los salarios bases de cotización de una pensión extralegal a la cual llegan a un acuerdo las partes. No se entiendo como el juzgador llega a condenar a mi procurada a reliquidar una pensión anticipada a la cual llegó a un acuerdo con el trabajador en su monto. Pensión que no tiene regulación legal alguna ni un monto establecido en la ley con base en la ley que regula las pensiones legales, la cual dice que las pensiones legales se deben liquidar con base a unos factores, más allá que se esté de acuerdo o no con que ese factor con que la reliquidación sea el salario o no. Ese es el primer sentido de disconformidad de la sentencia que acaba de proferirse. El segundo, es que en realidad se insiste, que las partes, en una convención colectiva de trabajo, que tiene toda la valides, pactaron de manera expresa y si, a gracia de discusión, la pensión extralegal concedida cuyo monto acordaron las partes debía liquidarse con base en la ley, que no creo, porque fue simplemente un acuerdo de las partes. Esos viáticos se les dio una connotación determinada en la convención colectiva de trabajo. Fue un acuerdo valido, llego a creer que las partes y que el artículo 141 del código sustantivo del trabajo así lo permite. Más allá de entender que los viáticos en términos generales son un salario cuando son habituales porque así los dispone la ley. Pues la ley dispone lo que dispone en el artículo 141 y en el 129 y el 130 no está ahí solo. El 130 esta con toda una legislación de por medio, contenida en el código sustantivo del trabajo que debe interpretarse de conformidad y de manera armónica con lo que está en la convención. Se insiste que esos pagos no eran salario por las razones ya dadas. Así las cosas, y básicamente, por el tema de la cosa juzgada y la naturaleza salarial o no de los viáticos dejo surtido el recurso de apelación, agregando solamente que el dictamen pericial en sí no puede hacer como en efecto lo hizo y como se dejó contestado desde un inicio apreciaciones jurídicas en derecho. Y el dictamen pericial o puede establecer que un pago es salario y que un pago no es salario y tampoco puede sin tener unas tarifas concretas, suponerlas, y ponerlas en un dictamen por inicio. Un dictamen así es nulo de pleno derecho lo ha dicho la corte mil veces. Luego, el dictamen pericial que es en el que se funda el despacho para hallar las diferencias pues no ha debido tenerse en cuenta tampoco. En los anteriores términos dejo presentado recurso de apelación. Gracias”.*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de discusión que mediante acta de conciliación celebrada el 18 de noviembre de 2003, AVIANCA S.A. reconoció a favor de GLORIA INÉS HERNÁNDEZ GIRLADO pensión voluntaria a partir del 17 de diciembre de 2003, en cuantía inicial de \$2.522.685, advirtiendo que tiene el carácter compartida con la pensión legal de vejez que reconoció el ISS, hoy COLPENSIONES, a través de la Resolución N° 38316 de 2006 con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 (ver acuerdo conciliatorio en los folios 44 a 47, 73 a 76 y 309 a 310, y la Resolución emitida por el ISS en los folios 207 y 208 del expediente).

La mesada reconocida por el empleador se liquidó teniendo en cuenta el 75% del salario promedio del último año, y la pensión legal de vejez se liquidó teniendo en cuenta que la demandante cotizó 1719 semanas en toda la vida laboral con los parámetros establecidos en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, de los cuales resultó una mesada pensional de \$2.722.280 para el año 2004.

El Tribunal debe resolver si la conciliación que reconoció la pensión voluntaria hizo tránsito a Cosa Juzgada sobre su valor, o no, y en dado caso definir el valor que corresponde a dicha pensión.

COSA JUZGADA. la conciliación es el acuerdo celebrado entre las partes de una controversia con intervención de funcionario competente que pone fin de manera total o parcial a la diferencia, y que tiene fuerza de *cosa juzgada* sobre los asuntos que en ella se definan, siempre y cuando no afecte o desconozca derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, pues los artículos 15 del CST y 53 de la C.N. solo autorizan la transacción o la conciliación en asuntos del trabajo cuando se trate de derechos inciertos y discutibles.

En este orden de ideas, si la conciliación reúne los requisitos señalados tendrá validez, y el efecto de cosa juzgada con todas sus consecuencias, entre ellas,

la de zanjar definitivamente los conflictos que a futuro se puedan presentar entre las partes sobre el objeto conciliado.

Si por el contrario la conciliación ha versado sobre derechos laborales sobre cuya existencia no hay duda, es decir derechos ciertos, se encuentra viciada de objeto ilícito y no producirá el efecto de cosa juzgada. De todos es sabido que para proteger al trabajador -que es parte débil en la relación de trabajo- el ordenamiento jurídico limita su potestad para disponer de los derechos que se han causado durante la relación de trabajo.

Un derecho laboral es *cierto e indiscutible* –y en consecuencia no renunciable- cuando: i) exista una fuente normativa que lo consagra; y ii) ocurran *sin duda alguna*, los supuestos fácticos (hechos) que la fuente normativa contempla para su nacimiento.

Con estas premisas se advierte que el acuerdo conciliatorio reconoció a la demandante una mesada o renta voluntaria denominada “*plan de pensión anticipada*”, en la suma de \$2.522.685 mensuales a partir del 17 de diciembre de 2003 “*hasta la fecha en que se reconozca por parte del ISS o del FONDO DE PENSIONES al que se encuentra afiliado el trabajador o hasta el momento de su muerte o hasta el momento de su invalidez, lo que ocurra primero, en cualquiera de estos casos AVIANCA quedará completamente exonerada de cualquier obligación, siempre y cuando que la pensión reconocida por el ISS o el Fondo Privado de Pensiones sea igual o mayor*” (inciso 2º, cláusula segunda del acuerdo conciliatorio – ver a folio 45).

Dicho derecho no tenía fuente normativa legal o convencional que dispusiera para el empleador la obligación de pagarlo y señalara los parámetros o requisitos con los cuales se debía tasar. Se trataban entonces y sin duda alguna, de un derecho *incierto* que bien podía ser objeto de conciliación.

No se puede entender como fuente normativa del derecho conciliado a la convención colectiva de trabajo, pues no se encuentra consagrado en dicho

texto: Así lo dejaron expuesto claramente las partes en el acto conciliatorio, al expresar que la mesada de pensión reconocida por el empleador tiene el carácter de *anticipada y voluntaria*. La conciliación hace referencia a la Convención Colectiva en materia de vacaciones, del esquema salarial aplicable a la trabajadora hasta la fecha de terminación del contrato, y del beneficio de tiquetes, pero no en materia pensional.

En consecuencia, se revocará la decisión dictada en primera instancia que dispuso la reliquidación de la renta voluntaria reconocida por AVIANCA a favor de la demandante, pues el acuerdo conciliatorio celebrado por las partes tiene el efecto de *cosa juzgada* y zanjó definitivamente los conflictos que a futuro se puedan presentar entre las partes sobre el objeto conciliado.

Se debe precisar que si bien el acuerdo advirtió la procedencia del reajuste al valor pactado, si para el momento del retiro el promedio salarial hubiera aumentado, tal previsión se hizo teniendo en cuenta que la terminación del contrato se acordó desde el 17 de diciembre de 2003 y el acuerdo se estaba suscribiendo un mes antes (el 18 de noviembre) con lo cual se zanjaba cualquier discusión en caso de que el salario de ese último mes afectara el promedio, pero no se contempló un escenario válido para la inclusión de *factores salariales* que no se hubiesen tenido en cuenta en el momento de tasar la pensión voluntaria que se comprometió a pagar la demandada en forma temporal hasta la fecha en que la demandante alcanzara la pensión de vejez.

INCLUSION DE VIATICOS Y CARGA PROBATORIA. De todas formas y aun si la discusión sobre el derecho eventual a la inclusión de viáticos por alojamiento se hubiera zanjado, lo cierto es tampoco se probó que, conforme a la cláusula 19 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por la demandada con sus trabajadores, la demandante tuviera derecho a pagos adicionales de pensión o de aportes.

Para obtener una decisión favorable a sus pretensiones, y dado que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que son viáticos de carácter permanentes y con naturaleza salarial los que reciben los auxiliares de vuelos internacionales de Avianca por alojamiento en hoteles durante la ejecución de sus funciones³, la demandante tenía la carga de relacionar y demostrar de forma específica los días en los que se pernoctó en el exterior por cuenta de la demandada, y el precio del alojamiento de cada noche, pues solo con tales datos se podía obtener el valor recibido a título de viáticos y verificar si fueron o no incluidos por la demandada de la base salarial de la pensión voluntaria que le fue reconocida. Tal carga no se cumplió.

Si bien se aportaron los itinerarios de vuelo de la actora, no se allegó prueba de que hubiese pernoctado en los lugares, ni los contratos pactados con los hoteles en los que el alojamiento pudo ocurrir. La documentación aportada sobre el valor de las tarifas que fueron pactadas con la empresa demandada no corresponden, en la mayoría de los casos, a la anualidad cuya inclusión se reclama (años 2002-2003) (ver algunos contratos en folios 311 a 392 y CD 4 del plenario).

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al analizar si las pruebas aportadas a un expediente permitían deducir *“el itinerario, la factura del hotel y el listado de hoteles y tarifas”* (hechos que ni siquiera se expusieron en este expediente) advirtió que el demandante debía: *“(…) establecer de manera pormenorizada la relación que existe entre cada uno de los documentos que en su entender contienen los vuelos realizados, los hoteles donde presuntamente pernoctó y el valor de las tarifas; es decir, [DICE LA CORTE] le correspondía detallar con definitiva claridad y precisión cada uno de los viajes donde, de acuerdo con el itinerario a cumplir, debía pernoctar y el valor que pagaba la demandada por cada noche en el hotel respectivo”*⁴.

³ Sentencias de fechas: 5 de febrero de 2009 radicación 34192 MP LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ, y 18 de febrero de 2015 radicación 44576 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, entre otras.

⁴ Sentencia dictada el 18 de febrero de 2015 radicación 44576 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Como la carga de probar los hechos que dan lugar a las pretensiones de una demanda judicial la tiene quien los alega, según lo dispone el artículo 167 del CGP, y dicha carga no se cumplió, no procedían las condenas que solicitó la demanda y concedió la sentencia de primera instancia que será revocada, como se anunció.

Se debe advertir frente al peritaje aportado al proceso, que este tipo de prueba está reservado en nuestro ordenamiento jurídico a los asuntos que exijan un conocimiento técnico o científico del cual adolezca el juez, y ciertamente no se requieren conocimientos diferentes a las ciencias jurídicas para decidir si un pago tiene o no carácter salarial, frente a las pruebas que se hayan allegado al expediente por quien tenía la carga procesal. Si se hubieran demostrado los hechos referidos atrás (los días en que la demandante pernoctó en el exterior, el hotel en el cual se alojó por cuenta de la demandada, y el precio de alojamiento en dicho hotel) bien hubiera podido el funcionario judicial tasar las pretensiones.

Además el dictamen pericial aportado al expediente se elaboró con base en indicios (itinerarios de vuelo de la trabajadora y contratos suscritos con hoteles) que no permiten certeza del valor de los viáticos por alojamiento que se pudieron causar en favor de la actora, máxime si se tiene en cuenta que según lo declararon los testigos traídos a juicio por la misma parte demandante (CLEMENCIA MARTA CASTRO y ALBERTO ARIZA, ex compañeros de trabajo de la demandante, ver minutos 22:00 y 32:32, CD 5, audio No 1), y por la parte demandada (MARTHA JANNET MORA LOZADA, actual trabajadora de AVIANCA, minuto 5:03, CD 5, audiencia virtual No 1), los auxiliares de vuelo de AVIANCA podían pernoctar en lugares distintos a los hoteles contratados por la empresa en las ciudades de vuelo, previa autorización.

Tampoco se tiene certeza de los factores salariales que se tuvieron en cuenta para liquidar la mesada que reconoció AVIANCA, o de que no se hubiesen incluido los viáticos por alojamiento que reclama la demanda, pues revisada la

certificación de salarios que aportó la misma parte demandante al plenario, se observa que en el último año de servicios (entre el 17 de diciembre de 2002 y el 17 de diciembre de 2003 – ver folio 72) la trabajadora devengó ingresos salariales por \$25.023.113 de lo cual se obtiene un salario promedio mensual de \$2.085.259 que al aplicar la tasa de reemplazo del 75% arrojaría como mesada voluntaria la suma de \$1.563.944, muy inferior a la que reconoció AVIANCA en \$2.522.685.

Así las cosas, tampoco resulta procedente ordenar a cargo de la empresa demandada el pago, con destino a COLPENSIONES, de diferencias en los aportes pensionales mediante cálculo actuarial, como se reclama en la reforma a la demanda, pues la parte demandante no probó que la trabajadora hubiese devengado salarios superiores a los que su empleador (AVIANCA) reportó a la entidad aseguradora (COLPENSIONES).

Por el contrario, revisado el historial de cotizaciones que se aportó al plenario, se observan salarios de cotización superiores a los que informa la certificación que aportó la misma parte demandante. A modo de ejemplos: en el mes de noviembre de 2003 la trabajadora devengó la suma de \$1.429.692 y en la historia laboral emitida por COLPENSIONES se cotizó un IBC para dicho ciclo de \$2.970.000, y en el mes de noviembre de 2002 se reporta devengados \$2.032.357 y en la historia laboral de COLPENSIONES se cotizó con un IBC de \$3.431.000 (ver certificación de salarios devengados aportados por la parte demandante en folios 69 a 72 e historia laboral emitida por COLPENSIONES en folios 204 a 206).

Resultaba entonces imposible, con las pruebas aportadas, establecer si el empleador efectuó cotizaciones en monto inferior al que efectivamente recibió la trabajadora como contraprestación de la labor ejecutada, para poder derivar de ello una eventual condena por el mayor valor de aportes pensionales dejados de cancelar.

Por el resultado del recurso las **COSTAS** de primera instancia corren a cargo de la parte demandante.

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia. En su lugar se **ABSUELVE** a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA de las pretensiones incoadas en su contra por GLORIA INÉS HERNÁNDEZ GIRALDO.
2. **COSTAS** en primera instancia a cargo de la parte demandante.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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 MILENA BUITRAGO LOZANO 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 PROTECCIÓN S.A, COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 8 de febrero de 2021 por el Juez Veintitres (23) 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, MILENA BUITRAGO LOZANO 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 e ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido en abril de 2000, con fundamento en que el asesor del fondo privado no le suministró información necesaria para tomar una decisión consiente y libre, a tal punto que siente que la indujeron en error. No le

informaron sobre las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional, y al realizar con posterioridad la proyección en el fondo privado observó que la mesada era menos favorable respecto a la que le hubiese correspondido en COLPENSIONES. El 16 de abril 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 PROTECCIÓN S.A debe devolver con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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– 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 13 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, sin presiones o constreñimientos, 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 hubo vicios del consentimiento, 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 SU 130 de 2013. Solicita de manera subsidiaria en caso de fallo condenatorio, se le garantice el reintegro de la totalidad de la cotización, recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales y cuotas de administración. Propuso como excepciones: *cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional artículo 48 adicionado por acto legislativo 01 de 2005, calidades del demandante para*

conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica (ver contestación en folios 59 a 70 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. 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 el no cumplimiento de las expectativas económicas no es motivo para afirmar un engaño o una mala información, y advierte que en la época que la actora se trasladó no era posible predecir una mesada pensional ya que faltaban muchos años de cotización para alcanzar una pensión de vejez. Resalta que en el formulario de cambió de régimen quedó establecido que eligió la AFP de forma libre, espontánea y sin presiones y afirma que los asesores se encuentran capacitados para brindar toda la información necesaria, integral, profesional y completa respecto de las implicaciones de sus decisión del traslado, se le asesoró acerca del funcionamiento, diferencia, ventajas y desventajas, derecho a la rentabilidad y demás características entre el RPM y el RAIS. Propuso como excepciones: *prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP. Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (ver contestación en medio magnético CD 3 folio 113 del expediente).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de febrero de 2021, mediante la cual el Juez Veintitres (23) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la señora MILENA BUITRAGO LOZANO al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la sociedad la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., por el periodo de tiempo que estuvo afiliada a esta entidad, a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la señora MILENA BUITRAGBO LOZANO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo. 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional. TERCERO: DECLARAR que la señora MILENA BUITRAGO LOZANO para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S. hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"; por las razones expuestas. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES. ” (CD 4, audiencia virtual, minuto 50:11).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que la AFP PROTECCIÓN S.A, no acreditó que le hubiese suministrado una información suficiente, amplia, adecuada precisa y veraz sobre las características del RAIS como para tener certeza que la actora tomó una decisión consiente sobre el futuro pensional. 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. Argumentó que desde la ley 100 de 1993 ya existía el deber de información y que conforme la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha decantado el deber de información, la asesoría y buen consejo que deben suministrar las administradoras de pensiones, por lo que consideró que esta omisión generaba la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A, interpone recurso de manera parcial en lo atinente a trasladar a Colpensiones los conceptos contenidos de la cuenta de ahorro individual por aportes y rendimientos financieros, los gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, y demás deducciones realizados sobre los aportes de la demandante, lo anterior bajo el argumento que estos descuentos se realizaron con un fundamento legal y cumplieron con la finalidad para la que estaban destinados como es el cubrimiento de los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Aduce que los rendimientos financieros sobre el capital de la demandante no se hubieran generado si fuera perm anicido en el RPM. También recurre lo concerniente a devolver las cuotas de seguro, pues manifiesta que estas fueron pagadas a la aseguradora y cumplieron con la finalidad de cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia o muerte, y para el caso particular fueron pagados a un tercero que tampoco está integrado en el proceso (CD 4 MINUTO 51:32¹).

¹ *“Gracias señor Juez de manera respetuosa interpongo recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia proferida por el Despacho en cuanto al numeral segundo que ordena mi a representada a trasladar a Colpensiones además de los conceptos contenidos de la cuenta de ahorro individual por aportes y rendimientos financieros, los gastos de administración y demás descuentos realizados sobre los aportes de la demandante, este recurso se sustenta ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá solicitando que no, que revoque esta condena teniendo en cuenta que, con base en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 del año 2003, estos descuentos se realizaron de manera, con base o con un fundamento legal y de manera, de manera respetuosa, perdón de manera organizada y cumplieron con la finalidad que estaban destinados los mismos como es el cubrimiento de los riesgos de invalidez y sobrevivencia y asimismo la generación de unos rendimientos financieros sobre el capital de la demandante, en este sentido entonces se evidencia en la prueba documental que fue allegada al Despacho que la cuenta de ahorro*

Por su parte COLPENSIONES también interpone recurso y aduce que en el caso bajo estudio no existen elementos de juicio que evidencien vicios del consentimiento o dolo, ni había una expectativa legítima para la demandante, pues no era beneficiaria del régimen de transición y no podía regresar en cualquier tiempo al RPM. Indica que la demandante si tenía conocimiento sobre temas del traslado con el RAIS y conocía todas las características entre un régimen y otro para obtener la pensión, y quedó acreditado que el fondo privado le brindó la información completa y suficiente máxime si se tiene en cuenta que para el año 2000 -época del traslado - los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones y no brindar asesoría (CD 4 MINUTO 55:31²)

individual de la señora Milena género unos rendimientos financieros que en caso tal que hubieran permanecido en el régimen de prima media con prestación definida no se hubieran generado este argumento también se fundamenta en que si las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación, es decir, si tiene como que la demandante nunca estuvo afiliada régimen de ahorro individual pues su capital nunca hubiera generado rendimientos financieros que se generaron en el régimen de ahorro individual y en este sentido entonces únicamente procedería, si se interpreta estrictamente este, este argumento que se ordenaría a mi representada a trasladar los aportes que hubieran podido hacerse indexados o con el valor que hubiera podido realizarse en el Instituto de Seguros Sociales y que hubiera podido generar en dicha entidad, sin embargo, pues el traslado se ordena según el artículo 1746, el traslado de los frutos o mejoras sobre el bien administrado y así mismo pues en ese sentido, pues entonces no debe extenderse es la condena a que mi representada asuma con cargas a su propio patrimonio estas sumas teniendo en cuenta que tampoco en su cuenta de ahorro individual pues reposa las mismas ya que no están descontadas o no tienen la finalidad de financiar la prestación económica de vejez de la demandante, en igual sentido entonces otros conceptos, como las cuotas de seguro que fueron pagadas al aseguradora pues cumplieron con la finalidad de cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia o muerte en el caso de la demandante y fueron pagados a un tercero que tampoco está dentro del proceso y que no puede asumir estos gastos, o puede, no puede devolverlos ya que no ha ejercido su derecho a la defensa y no tiene, tampoco, pues una injerencia directa en cuanto al traslado de la demandante y también, entonces sería asumido por la administradora y bajo el principio de congruencia pues tampoco se demostraron unos perjuicios que se hayan determinado económicamente a la demandante y probatoriamente hablando pues que sean a cargo de mi representado que deba asumirlos a cargo de mi representada el Decreto 63, perdón entre el Decreto 3999 del año 2015, del año 2008 establece en su artículo séptimo cuáles son los conceptos que deben ser trasladados cuando hay un traslado de régimen y entre ellos no se tienen en cuenta las cuotas de administración y los rendimientos ni los descuentos para seguro provisional sino únicamente el capital, rendimientos financieros y descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, en ese sentido entonces, le solicito al Tribunal Superior de Bogotá de manera respetuosa que revise este punto de la sentencia y me reserve el derecho de ampliar las delegaciones en el momento procesal pertinente. Muchas gracias”

² “Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral de la siguiente manera, en primera media honorables magistrados téngase presente que en este caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no hay una expectativa legítima para la demandante como quiera que la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas Pues había cotizado un total de

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

333, 72 semanas con él ISS y le faltaba más de 25 años para acceder a la pensión, esto teniendo en cuenta las sentencia C 789 del 2002 en cuanto a la llamada expectativa legítima, también es importante resaltar que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia de SU 130 de 2013, por lo tanto, pues la demandante deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones del régimen al cual se encuentra afiliada, en este caso sería con la AFP PROTECCIÓN, también es importante resaltar honorables magistrados y como fue manifestado en los alegatos debe tenerse en cuenta que en el presente caso la demandante tenía conocimiento sobre temas a la hora del traslado con el RAIS de temas como que en el régimen de prima media se podía pensionara una edad específica y tener un número de semana, los cuales eran requisitos para obtener la pensión, su derecho a la pensión en el régimen de prima media, que su mesada pensional en el ISS Colpensiones dependía de un porcentaje del promedio de su salario que con el fondo de Protección su pensión era anticipada y sus aportes en el RAIS tenían unos rendimientos, según lo anterior honorables magistrados pues se acredita que el fondo si dio una información completa y suficiente por lo que no existen vicios del consentimiento, máximo si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante esto es en el año 2000, pues los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, esto teniendo en cuenta el Decreto 663 de 1993 pues debe resaltar también que la demandante en su interrogatorio de parte lo que manifiesta es que su principal motivación sobre dicho proceso es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS por lo tanto pues es importante traer a colación la sentencia con radicado 2016 0087 del 17 enero 2017 del Tribunal Superior de Pereira, la cual indicó que la simple manifestación de inconformidad entre el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que pueda recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado por parte de la demandante lo haya hecho... o por una equivocada información por parte del fondo, siendo así que lo que se evidencia es que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se y se evidencia que ella misma decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria, por lo anterior honorables magistrados solicito manera respetuosa se revoque dicha sentencia y no se decrete la ineficacia aquí solicitada, gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 333.71 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

³ Ver historia laboral de COLPENSIONES, en Cd 2 del expediente administrativo folios 83 y 84 del expediente.

de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 5 meses y 28 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 55 años de edad – ver folio 14 y 43 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 ⁵ ⁶, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

⁴ *Ibidem*.

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

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

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

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 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 en las condiciones que exige la Corte 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. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso (CD 4, , audiencia virtual, minuto 7:45) no confiesa que tuviera claras las características del régimen pensional al que se estaba trasladando o que el asesor comercial de PROTECCIÓN S.A le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues si bien reconoció que le informaron sobre generalidades de ley y que conocía las características del RPM, también afirmó que el asesor sólo le indicó ventajas y beneficios del RAIS que tendría una mejor rentabilidad, pero no le indicaron sobre implicaciones o desventajas entre uno y otro régimen. 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 un *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó el 01

de abril de 2000 a la AFP PROTECCIÓN S.A, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada – ver formulario en Cd 3 folio 113 del expediente).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como 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). Por la misma razón, y dando respuesta al recurso interpuesto por la AFP se confirmará la orden a devolver las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y la decisión que dispuso a cargo del fondo demandado 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)

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional 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., 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 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.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
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



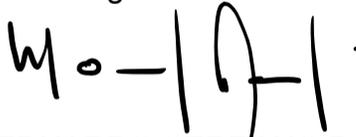
MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 23 2019 00686 01

Milena Buitrago Lozano Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ANA DEL CARMEN NIETO OSORIO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de 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 ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de abril de 2021 por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Zuritza Dolores Parrao Barros, identificada con TP 117. 896, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, conforme el poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ANA DEL CARMEN NIETO OSORIO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 8 de agosto de 1994, con fundamento en que no se le brindó información veraz, completa y oportuna en la etapa precontractual, pues no se realizó un estudio de su situación particular entre regímenes, ni se le informó sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional o sobre las desventajas del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide que se retrotraigan las cosas a su estado anterior, se ordene a COLPENSIONES tenga la demandante entre sus afiliados en el RPM y se condene a la AFP PORVENIR S.A. reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada con la negativa en autorizar el traslado y devolver los aportes a pensión al RPM (ver demanda en folios 2 a 10 del plenario).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante al RAIS operó de forma informada, consciente, espontánea y sin presiones, tal y como se observa en el formulario de vinculación que suscribió. Además, advirtió que: (i) la información suministrada está acorde con las disposiciones legales y con las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia; (ii) la ignorancia de la ley no sirve de excusa y por ello era su deber información sobre su situación pensional conforme las normas vigentes; (iii) la demandante ratificó su intención de permanecer vinculada al RAIS y no ejerció su derecho de retracto; y (iv) no puede ser aplicada la línea jurisprudencia trazada por la Corte Suprema de Justicia en la materia, pues los supuestos fácticos del caso bajo estudio son diferentes y no se puede entender que se trata de un caso análogo. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación a folios 74 a 81 del plenario).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de la demandante del RPM al RAIS se realizó con plena voluntad, pues suscribió el formulario sin que se presentaran vicios del consentimiento, y advirtió que no tuvo injerencia en el acto de traslado y que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para poder trasladarse entre regímenes pensionales, dado que contaba con 58 años de edad para el momento en el que solicitó su retorno al RPM. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 141 a 152 del expediente digital).

Termino la primera instancia con sentencia del 14 de abril de 2021, mediante la cual la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ANA DEL CARMEN NIETO OSORIO del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la demandante al*

Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y por la AFP PORVENIR. QUINTO: CONDENAR a la demandada APP PORVENIR S.A. en la suma de \$850.000 como agencias en derecho. No condenar en costas a COLPENSIONES toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue PORVENIR SA” (Audiencia virtual artículo 80, minuto 37:08).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., no probó haber brindado la información necesaria para orientar a la demandante respecto de las diferentes alternativas, beneficios e inconvenientes del traslado de régimen pensional, lo que da lugar a declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior presentaron recurso de apelación las apoderadas de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A.

En el recurso de COLPENSIONES su apoderada pide que se revoque el fallo en su integridad, toda vez que la demandante se trasladó de régimen pensional en agosto de 1994 en ejercicio de la libre escogencia de régimen pensional. Afirmo que no se demostró que el fondo privado haya incurrido en algún tipo de presión o constreñimiento, y advirtió que la inconformidad de la actora radica en la diferencia que se presentaría entre la mesada pensional que le puede otorgar el fondo privado con la que podría recibir en Colpensiones (audiencia virtual, minuto 38:30)¹.

¹ “Si su señoría, encontrándome dentro del término procesal me permito interponer recurso de apelación el cual pasaría a sustentar de la siguiente manera. Lo primero que se debe indicar es que un trabajador en virtud del derecho a la libre escogencia del régimen pensional contemplado en la Ley 100 de 1993 puede optar por el régimen de prima media o el RAIS de conformidad con las normas vigentes para el efecto y de acuerdo con sus condiciones

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso a fin de que se revoque la condena a devolver los gastos de administración y los valores descontados por concepto de seguros previsionales. Lo anterior, con fundamento en que se realizaron los descuentos conforme a la normatividad vigente y se realizaron las gestiones pertinentes para que se pudieran generar rendimientos sobre los aportes de la afiliada, y en que los dineros pagados por concepto de seguros fueron usados para cubrir las contingencias derivadas de la invalidez y muerte, por lo que no se encuentran en poder de Porvenir sino de las aseguradoras. Advierte que con la devolución de estos rubros se estaría generando un detrimento patrimonial para el fondo privado y un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES (audiencia virtual, minuto 41:14)².

familiares, laborales y económicas, sin embargo si el afiliado encuentra que el régimen al que se encuentra afiliado no es el que le conviene, la misma normatividad estableció la posibilidad de trasladarse entre regímenes una vez cada cinco años contados a partir de la afiliación inicial hasta cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir su derecho a la pensión de vejez, contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por lo tanto se tiene que la solicitud al traslado de régimen de prima media se efectuó en agosto de 1994, que la misma se llevó bajo la escogencia del régimen pensional que está se suscribió sin ningún tipo de presión o constreñimiento por el contrario, la demandante tomó la decisión de manera libre de trasladarse a dicha AFP y lo hizo en razón a que ella consideró que era más beneficioso estar afiliada al RAIS que no a Colpensiones y se puede evidenciar que básicamente su inconformidad radica es en la diferencia de la mesada pensional que podría recibir en Colpensiones versus la que le podría otorgar el fondo privado al cual se encuentra afiliada en este momento, así mismo su señoría está demostrado que mi representada no tuvo ninguna injerencia al momento del traslado, ya que fue el negocio jurídico se celebró, se efectuó fue entre la demandante y la AFP Porvenir S.A, por lo tanto COLPENSIONES simplemente permitió el traslado toda vez que la misma ley permitía y dejaba que los afiliados se trasladarán, entonces Colpensiones no puso o no hizo ninguna, no propuso inconformidad alguna porque la demandante estaba en el libre ejercicio de la escogencia de régimen pensional, por lo tanto ruego a los Honorables Magistrados se revoque el fallo en su integridad toda vez que vuelvo y digo en la demandante actuó en el ejercicio de la libre escogencia del régimen pensional. En ese orden dejó sentado mi recurso, muchas gracias”.

² “Gracias su señoría interpongo recurso de reposición parcial en cuanto al numeral tercero enfocado hacia la devolución de los gastos de administración, fundamentado en lo siguiente, es importante tener en cuenta y manifestar sobre los gastos de administración que los fondos de pensiones realizan estos descuentos mes a mes, en virtud de la normatividad vigente con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 donde indica que estos gastos de administración se generan en ambos regímenes y en el caso que nos ocupa no se evidencia ningún detrimento de la cuenta de ahorro individual como ya se había alegado en los alegatos de conclusión, pues en la misma se observó fue simplemente un incremento considerable por el concepto de los rendimientos, fruto de la gestión del fondo privado, igualmente los dineros ya pagados a las aseguradoras por concepto de seguros, seguros que se encuentran en manos de terceros, sumas que fueron pagadas con el objetivo de cubrir las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte, conceptos que cubren estas contingencias diferentes a la pensión de vejez y en el caso hipotético que se hubiera acontecido, los mismos hubiesen

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

nacido a la vida jurídica pues estuvo y estaba amparada por estos durante todo el tiempo en el que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual, por lo que no existe lugar a una devolución alguna de estos rubros a Colpensiones, pues se estaría generando un detrimento patrimonial a mi representada y un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, por lo anterior mostrado el buen actuar de la compañía le solicitó al Honorable tribunal no condenen cosas a la AFP Porvenir y muchísimas gracias.”

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 498,71semanas³, 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 9 años, 3 meses y 11 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaba un año para alcanzar la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver cédula aportada con el expediente administrativo y presentación de la demanda a folio 52).

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

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

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por ambas partes en folios 18 y 115 del expediente.

⁴ *Ibidem*.

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

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

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".

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. (por absorción de la AFP HORZINTE BBVA) 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 pues en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. 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 los testigos ILIANA JARAMILLO VILLAREAL y VILMA OROZCO ROJAS indicaron que asesores comerciales de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., las reunieron en la oficina de gerencia del Banco BBVA, lugar en el que trabajaban para la época del traslado, y les dijeron que el ISS se iba acabar y que solamente quedarían los fondos privados, por que lo mejor era trasladarse para no perder los aportes que tenían cotizados en ese momento y obtener beneficios como una mesada superior a la que obtendrían en el ISS, una pensión de forma anticipada y con el carácter de heredable (CD 5 minutos 13:26 y 24:20 respectivamente).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sin poder efectuar descuento alguno a título de gastos de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, para lo cual se sigue también el criterio de la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Por lo mismo, se confirmará la orden a devolver las comisiones primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia

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

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A

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

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de \$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 DEYSSI MARÍA MORENO ARAGON CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de 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 los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 25 de marzo de 2021 por el Juez Treinta y siete (37) 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 identificada con T.P 288.455, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, en los términos y para los fines del poder conferido mediante la Escritura Pública No.788 de la Notaría 18 de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, DEYSSI MARÍA MORENO ARAGON 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 se declare la anulación por ineficacia del traslado efectuado el 20 de octubre de 2005, con fundamento en que la demandante no tomó la decisión de forma libre y voluntaria al cambiarse de régimen, pues no se le informó sobre las consecuencias negativas del traslado de régimen pensional, ni sobre las ventajas y las desventajas de vincularse al RAIS, ni se le hizo un comparativo de pensión entre ambos regímenes pensionales, ni una tabla de mortalidad para que pudiera determinar cuál era la mejor decisión. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare su afiliación en COLPENSIONES y que se trasladen a dicha entidad todos los dineros que recibió, con sus respectivos rendimientos, gastos de administración y bonos pensionales, entre otros. (Ver demanda en las páginas 1 a 15 del expediente digital).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones afirmando que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho en las que sustenta la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional y manifiesta que se dieron los requisitos legales para cumplir con el deber de información que le era exigible en la fecha en que se materializó el traslado (21 de octubre de 2005). Aduce que se afilió al RAIS de manera libre, espontánea, informada y consciente, pues suscribió el formulario de vinculación después de que se le suministrara información clara, veraz y comprensible sobre todos los aspectos generales del régimen de ahorro individual, y advirtió que no se presentó coacción o vicios que invaliden el acto traslado. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*. (Ver demanda en las páginas 99 a 121 del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que la demandante se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria al suscribir el formulario sin que existiera error, fuerza, dolo o la falta de información debida en el momento de la afiliación a la administradora privada, y advirtió que la solicitud de traslado de régimen era improcedente conforme a la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al tener 63 años de edad y no contar con los 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994. Propuso como excepciones perentorias: *error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica* (ver demanda en las páginas 161 a 175 del expediente digital).

Termino la primera instancia con sentencia de 25 de marzo de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que efectuó la demandante señora DEYSSI MARIA MORENO ARAGÓN del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 20 de octubre de 2005, por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por administración, de conformidad con la parte motiva de la decisión. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a*

EXP. 37 2019 00756 01
Deyssi María Moreno Aragón Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

admitir el traslado de régimen pensional de la señora DEYSSI MARÍA MORENO ARAGÓN, y a ACEPTAR los valores que remita la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en los términos anteriormente expuestos en el numeral segundo de la decisión. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en costas a favor del demandante, por secretaria tásense, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMMLV. SEXTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta” (audiencia virtual No 2 – archivo del expediente digital, minuto 20:25). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia manifestó que en la asesoría brindada por la AFP no se tuvo en cuenta que la demandante por edad era beneficiaria del régimen de transición y que para época de la suscripción del formulario de afiliación se encontraba inmersa en la prohibición de traslado entre regímenes (tenía 49 años).

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

La apoderada de COLPENSIONES en el recurso solicita que se revoquen las condenas impuestas y se absuelva a la entidad. Afirma que la demandante tenía conocimiento para brindar un consentimiento informado, al conocer las ventajas, desventajas y la forma de construir su pensión, y advirtió: (i) el tener a la demandante en el RPM afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; (ii) la parte actora se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen; y (iii) la información que la demandante alega no haber recibido en la demanda, se encuentra en la Ley 100 de 1993, por lo que es su

obligación revisar esta norma de conocimiento público.(audiencia virtual No 2 – archivo del expediente digital, minuto 24:52)¹.

En el recurso de PORVENIR S.A. su apoderada solicita que se revoquen los numerales primero, segundo, cuarto y quinto de la sentencia dictada en primera instancia y se absuelva de la devolución de gastos de administración y/o sumas de la aseguradora. Afirma que la administradora cumplió con el deber que le asistía conforme con los términos y lineamientos vigentes en la norma para el año 2005, brindándole a la demandante información veraz para que tomara la decisión de forma libre y voluntaria. Además, considera que la afiliada por su condición académica tiene mayor acceso y conocimiento de la normatividad legal colombiana, por lo que debió actuar con diligencia e informarse acerca de las implicaciones del acto jurídico que estaba realizando. De igual forma, manifiesta que no es procedente que se ordene la devolución de los gastos de administración, pues estos fueron utilizados para garantizar la buena gestión de los recursos y devolver estas sumas implica un

¹ *“Interpongo el recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral para que revoque las condenas impuestas en esta instancia contra mi representada por qué de tenerse a la demandante en el régimen de prima media, se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema que se funda en la prohibición legal de traslado en la que ya se encuentra inmersa la demandante y si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia ha impuesto el deber del buen consejo y cuidado por parte de las administradoras también le es que los afiliados tienen obligaciones que nacen incluso en su calidad de ciudadanos y es que la información que extraña no haber recibido la demandante precisamente se encuentra contenida en la ley 100 del 93, norma de conocimiento público y obligatorio cumplimiento por lo que ruego a los honorables magistrados revisen el material probatorio porque él mismo da cuenta del conocimiento con el que contaba la demandante que permitió brindar un consentimiento informado, al conocerlas ventajas, desventajas y forma de construir su pensión que conforme a la legislación de la época, cumplió con los mínimos exigidos en su calidad de afiliada Lego, porque dicho deber no busca convertir en expertos a los afiliados sino que busca precisamente que entiendan las consecuencias de su traslado y no puede dejarse de lado lo dispuesto por el artículo 112 de la Ley 100 del 93 que dispone que las personas que cumplan con los requisitos para ser afiliados del RAIS no pueden ser rechazados por estas administradoras, evidenciándose la inexistencia de una lesión injustificada sus derechos pensionales el único motivo del descontento de la demandante radica en el monto final de su mesada pensional, como espontáneamente lo refirió en el interrogatorio de parte que rindió en esta instancia, aspecto variable del RAIS que no invalida los actos que voluntariamente suscribió, razones por las cuales solicitó a los honorables magistrados contrasten el material probatorio recaudado para que finalmente absuelvan a Colpensiones y a usted su señoría, acepte el recurso, gracias”.*

enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.(audiencia virtual No 2 – archivo del expediente digital, minuto 27:10)².

² “Gracias señor Juez estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Despacho en primera instancia, solicitando en primera medida los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocar la misma en sus numerales primero, segundo, cuarto y quinto atendiendo al hecho de que conforme a lo manifestado anteriormente, mi representada Porvenir si cumplió con el deber de información que le asistía respecto de la afiliación realizada por parte de la demandante en el año 2005, así las cosas debemos hacer un análisis normativo que se encontraba vigente al momento de la suscripción del acto, encontrando entonces como normas vigentes para la época el decreto 3466 de 1990 de 1982, perdón, en el cual solamente es establecida la obligación de brindar una información que fuera veraz y suficiente cómo se dio en el caso de la demandante donde claramente fue posible verificar que la información proporcionada por mi representado fue veraz, a la demandante se le informó que se podía pensionar de forma anticipada, cosa que es cierta previo cumplimiento de unos requisitos también la demandante tenía conocimiento que el instituto de seguros sociales se iba a acabar, efectivamente se liquidó y se transformó en lo que hoy conocemos como Colpensiones, así que este tipo de información brindada a la demandante fue información veraz acorde a la época de suscripción del acto, asimismo tenemos también el Decreto 663 de 1993, que en su artículo 30 establece que las administradoras de fondos de pensiones deben brindar una información necesaria para lograr una transparencia en las operaciones que se realizan con los afiliados, cosa que reiteró nuevamente ocurrió en el caso de la afiliación de la demandante, seguidamente tenemos la ley 100 de 1993 que no establece ninguna obligación puntual para las administradoras de fondos de pensiones en cuanto al suministro de información, solamente se exige que la elección del régimen debe ser libre y voluntaria tal y como la demandante incluso manifestó en su interrogatorio de parte, en cuanto a que la afiliación realizada con Porvenir se hace de manera voluntaria, asimismo tenemos también entonces el Decreto 656 de 1994, en sus artículos 14 y 15 regula las obligaciones de las entidades administradoras de fondos de pensiones pero no hace mención alguna a la, a la, al tipo de entrega de información que se debe brindar a los afiliados, entonces todo ese recuento normativo, es también para llamar la atención en cuanto a que el Despacho en primera instancia ha realizado un análisis anacrónico del caso que nos ocupa, en la medida que se ha solicitado a mi representada haber cumplido el deber de información en unos términos y con unos lineamientos que no se encontraban vigentes para el año 2005 términos, requerimientos, perdón que surgen con posterioridad al acto afiliación de la demandante esto surge a través de expedición de normas, como el Decreto 2555 de 2010 el Decreto 2071 de 2015, la Ley 1748 del 2015, y si se quiere con el desarrollo jurisprudencial que ha elaborado la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2008, todo esto denota entonces que no se puede obligar a mi representada Porvenir a cumplir con lo imposible y haber proporcionado información en unos términos o en unos lineamientos que no eran vigentes para la época ,además cuando la información cuando las normas citadas anteriormente que surgen con posterioridad al año 2005, no cuenta con el carácter de retroactivas, por lo cual no le son oponibles a mi representada para el momento de la suscripción del formulario de afiliación, ahora reitero que el formulario afiliación, al formulario afiliación debe dársele el valor probatorio que corresponde siendo éste la prueba fehaciente de que la demandante realizó su afiliación al régimen de ahorro individual de manera informada y voluntaria, este formulario se reitera cumplía con las, con las obligaciones establecidas o las condiciones legales requeridas por la Superintendencia bancaria o Superintendencia financiera y esto no ha sido analizado de manera suficiente por parte del Despacho en primera instancia, ahora resaltó además que las condiciones académicas que presenta la demandante la hacen un poco, la hacen conocedora también de normatividad legal colombiana y en ese sentido una persona que tiene mayor acceso o mayor conocimiento a la normatividad no requiere mismo tipo de información, aquí no estamos frente a una afiliada lega que no tiene, que tiene desconocimiento completo del sistema legal colombiano, estamos tratando una persona que en razón de su profesión es abogada y en ese sentido, pues también debe tenerse en cuenta al momento de analizar el caso que nos ocupa, reiteró además que estamos frente a la suscripción de un, no de un contrato, perdón

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

de un acto afiliación al sistema de seguridad social aquí no hay una parte débil o una parte fuerte de la relación, aquí simplemente hay dos extremos que suscriben un acto de afiliación y a partir de los cuales se generan una serie de deberes y obligaciones teniendo entonces en su cabeza la demandante el deber y la obligación de informarse también de manera puntual y diligente acerca de las implicaciones de la decisión que estaba tomando, cómo es posible que la demandante, señores magistrados manifieste que suscribe el formulario de afiliación sin leerlo, estamos hablando una persona que es abogada cómo es posible que un acto tan trascendental como la afiliación al sistema seguridad social se realice sin la lectura previa, entonces es un poco llamar la atención también a ese tipo de inconsistencias que se presentan al interior del interrogatorio de parte también cuando además la demandante manifiesta que una de las razones que la motivaron a suscribir el formulario afiliación con mi representada Porvenir es que le dijeron que se podía pensar en cualquier momento, pero al mismo tiempo en su respuesta siguiente manifiesta que no tiene conocimiento de que puede presentarse de forma anticipada, entonces esto también nos lleva un poco a cuestionar la veracidad de la respuesta que brinda la demandante a través del interrogatorio de parte que fue absuelto en la oportunidad procesal correspondiente, ahora, si esto no fuera suficiente para que los honorables magistrados del Tribunal revoquen la decisión de primera instancia, entonces analicemos también la declaratoria de ineficacia ordenada en el numeral primero por parte del señor Juez, las consecuencias jurídicas que se derivan de la declaratoria ineficacia es retrotraer las cosas a un estado inicial como si la afiliación de la actora nunca se hubiese realizado con mi representada Porvenir, en ese orden de ideas entonces mi representada nunca tuvo que haber administrado los dineros de la cuenta ahorro individual y nunca le hubiese generado unos rendimientos financieros, así las cosas, no es procedente entonces que se ordene la devolución de los gastos de administración, cuotas que además pongo de presente, fueron descontadas conforme lo autoriza el artículo 20 de la ley 100 de 1993 estás, estos gastos de administración fueron utilizados para garantizar un buen manejo y una buena administración de los recursos que fueron dados por parte de la demandante durante todo el tiempo que estaba afiliada con mi representadas del año 2000 ,2005 devolver está sumas de dinero a Colpensiones implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de entidad y a cargo de Porvenir S.A y es por ello que no es posible entonces que se ordene su devolución. Finalmente el señor Juez, en su numeral 4° no ha declarado probada la excepción de prescripción formulada por esta defensa, resaltando señores magistrados que es procedente la declaratoria de la misma, atendiendo a lo establecido en los artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, lo anterior teniendo en cuenta entonces que los términos de prescripción consignados en esta normatividad deben darse aplicación al acto de afiliación que suscribió la demandante en el año 2005 y en ese orden de ideas, dicho acto ya se encontraría prescrito, no podemos entender que este acto afiliación, qué es el que se solicita sea declarado ineficaz, no es susceptible de prescripción porque aquí no está en cuestión el derecho personal de la demandante, la demandante previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la ley puede acceder una mesada pensional eso en ningún momento está siendo desconocido por parte de la defensa de Porvenir, lo que se reitera o lo que se reclama a través de este proceso es la declaratoria de ineficacia de un acto afiliación, que se reitera conforme a la normatividad citada está claramente prescrito, e incluso llegará a concluir o manifestar que este acto no prescribe, implica una vulneración del principio de seguridad jurídica que le asiste a Porvenir S.A, en virtud de todo lo anterior dejó sustentado mí recurso de apelación y solicitó a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revocar la sentencia proferida por el Juez de primera instancia en sus numerales primero, segundo, cuarto y quinto y en lugar absorber a mi representada de las condenas que fueron impuestas, gracias”.

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para 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 39 años de edad y había cotizado 431,00 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no había efectuado ninguna cotización, y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado la edad de pensión (tenía 63 años de edad– ver página 41 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^{4 5}, según

³ Ver historia laboral actualizada de Colpensiones, folios 18 y 19.

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*

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP 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-Corporación 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”*, hecho que no confesó la demandante al avsolver interrogatorio de parte, pues contrario a ello, indicó que en el municipio donde trabajaba se dio una charla con los asesores de PORVENIR quienes informaron que la AFP era la mejor opción para tener una pensión alta a cualquier edad, y que no tenía ninguna otra opción porque se acababa el seguro social, razón por la cual tomó la decisión de firmar el formulario de afiliación (audiencia virtual No 1, archivo del expediente digital - minuto 21:00).

EXP. 37 2019 00756 01
Deyssi María Moreno Aragón Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales deben incluir los rendimientos, gastos de administración, comisiones y cualquier que se hubiera descontado de los aportes pensionales, 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). Por lo mismo, se confirmará la orden a devolver las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

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

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A.

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. **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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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 GABY CRISTINA PLATA JOYA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, OLD MUTUAL COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. y 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 para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 18 de marzo de 2021, por el Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se ABSOLVIÓ a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda.

Téngase al doctor Andrés Felipe Romero Méndez identificado con T.P 286.638 para actuar como apoderado sustituta de OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, en los términos y para los fines del poder conferido mediante la Escritura Pública No.721 de la Notaría 43 de Bogotá D.C., téngase a la doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz , identificada con TP 303.924 para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, conforme el poder conferido mediante la Escritura Pública No 3373. de la Notaría 9 de Bogotá D.C y por último, téngase a la doctora Olga Bibiana Hernández Téllez, identificada con T.P.228.020, para actuar como apoderada

EXP. 038 2018 00622 00
Gaby Cristina Plata Joya Vs Sociedad Administradora de Fondo de pensiones y cesantías
PORVENIR S.A. y otras

de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., conforme el poder conferido mediante la Escritura Pública No.1185 de la Notaría 14 de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, GABY CRISTINA PLATA JOYA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, OLD MUTUAL COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad o ineficacia de la afiliaciones efectuadas el 19 de enero de 1996 a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, el 20 de abril de 2012 a la AFP PROTECCIÓN S.A y el 3 de marzo de 2017 a la AFP OLD MUTUAL, con fundamento en que se le suministró información indebida y engañosa al momento de la afiliación, ocasionando un error de hecho que vicio el consentimiento, pues no se le informó sobre las ventajas y desventajas patrimoniales, ni sobre la naturaleza del RAIS, ni se le ilustro sobre las diferentes opciones y proyecciones entre ambos regímenes pensionales. De lo anterior, pide que se declare que la actora se encuentra legalmente afiliada en COLPENSIONES, y se condene a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y comisiones que se encuentren en la cuenta de ahorro individual. (Ver demanda en las páginas 3 a 62 del expediente digital 01.Cuaderno físico parte 1.pdf)

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que el traslado de régimen se realizó con la plena voluntad y su vinculación es válida porque no se probó la existencia del error, fuerza o dolo. Además, afirma que para el momento en que se hizo la solicitud la afiliada se encontraba inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para retornar al RPM administrado por

EXP. 038 2018 00622 00
Gaby Cristina Plata Joya Vs Sociedad Administradora de Fondo de pensiones y cesantías
PORVENIR S.A. y otras

COLPENSIONES, ya que para el momento del traslado no era beneficiaria del régimen de transición y para la fecha en la que elevó la solicitud de traslado contaba con 54 años de edad. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 207 a 237 del expediente digital 01.Cuaderno físico parte 1.pdf)

La AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a todas las peticiones formuladas con fundamento en que la actora procedió de manera libre y voluntaria con la suscripción del acto jurídico al recibir una asesoría amplia y suficiente sobre las condiciones, características, ventajas y desventajas en cada uno de los regímenes pensionales, sin que hubieran ocurrido vicios del consentimiento. Además, señaló que la demandante no podía pretender por medio de un proceso ordinario la nulidad de afiliación debido a que no efectuó actuación alguna para devolverse al RPM, sino que efectuó 2 traslados más, denotando su voluntad de permanecer al RAIS y manifestó que no se puede aplicar el precedente jurisprudencial trazado por la Corte Suprema de Justicia pues no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de adquirir su derecho pensional en el RPM. Propuso como excepción de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*. (Ver contestación páginas 244 a 271 del expediente digital 01.Cuaderno físico parte 1.pdf).

Igualmente contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no existen vicios en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico, dado que la demandante se afilió al RAIS de forma libre, voluntaria y consciente al manifestar por escrito su elección al momento de la suscripción de la solicitud, cumpliendo con los requisitos vigentes para la fecha en que se produjo la afiliación. Advirtió que: (i) para la fecha del traslado la demandante

no contaba ni con la edad, ni con las semanas cotizadas para poder pensionarse en el RPM, adicionalmente había superado el plazo de permanencia establecido en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; (ii) para la época de afiliación, los fondos privados no tenían obligatoriedad de brindar la información en los términos en que lo solicitan en la demanda; (iii) la parte actora no aporta ninguna prueba tendiente a demostrar que la AFP le suministro información engañosa para que suscribiera el formulario; (iv) la ignorancia de la ley no sirve de excusa, la demandante tenía la oportunidad de ejercer sus derechos de escogencia y retracto, situación que no se llevó acabo; y (v) no se pueden aplicar las sentencias en materia de nulidades proferidas por la Corte Suprema de Justicia dado que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fundamentaron las decisiones, pues los supuestos son diferentes. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.* (Ver contestación en las páginas 290 a 295 del expediente digital 01.Cuaderno físico parte 1.pdf y 1 a 18 del expediente digital 02.Cuaderno físico parte 2.pdf).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que a la demandante se le brindo una asesoría clara, completa, comprensible, veraz y profesional, estudiando las particulares de su caso, con las respectivas proyecciones pensionales en ambos regímenes de manera verbal, informando con claridad las características propias del RAIS, las implicaciones de su decisión y sus diferencias con el RPM. Afirma que el acto existente se encuentra exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, por lo que su afiliación se realizó de forma libre y espontánea, cumpliendo con todos los requisitos de existencia y validez. Además, señaló que la demandante no hizo uso del derecho de retracto de la afiliación de conformidad el Decreto 1161 de 1994, y que durante la afiliación PROTECCIÓN S.A. tampoco hizo uso de la facultad de trasladarse de régimen

Conforme con el artículo 13 de la ley 100 de 1993, ratificando su posición de permanecer afiliada al RAIS y convalidando su consentimiento. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP`s convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, traslado de la totalidad de los aportes a Col fondos y genérica o innominada* (Ver contestación en las páginas a 75 a 77 del expediente digital 02.Cuaderno físico parte 2.pdf y 1 a 16 del expediente digital 03.Cuaderno físico.pdf).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de marzo de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá decidió ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A, AFP PROTECCIÓN Y LA AFP OLD MUTUAL de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS DE PROTECCIÓN S.A., AFP. SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por la señora GABY CRISTINA PLATA JOYA. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas. TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de cada una de las demandadas. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR”* (Ver 16AudienciaParte A 20210318.MP4, hora 2 minuto 51:05).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia entendió confesado con la declaración de parte practicada a la demandante, que su voluntad de permanecer al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad fue clara y consistente y que no se cumple con los presupuestos para declarar la nulidad, al no configurarse vicios del consentimiento.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante pide que se revoque en todas sus partes la sentencia proferida en primera instancia y se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada el día 19 de noviembre de 1996. Aduce que se presentó una falta en el deber de información por parte de la AFP PORVENIR, que no cumplió con su obligación de suministrar de forma clara, completa, comprensible y veraz información a la demandante sobre las ventajas, desventajas de ambos regímenes pensionales, las consecuencias y riesgos del traslado. Advierte que del interrogatorio practicado a la representante legal se expresa que el único documento con el que cuenta la AFP es con el formulario de afiliación, sin embargo, este no es una prueba suficiente para demostrar que se cumplió con esa obligación, lo contrario como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia. Por último, manifiesta que no se le puede endilgar el acto de ratificación de permanecer en el RAIS por haber suscrito 2 formularios de afiliación en fondos privados, dado que para la época en la que se efectuaron estos traslados estaba inmersa en una causal de impedimento para devolverse al régimen y ya había superado la edad. (Audiencia virtual No 16 parte A 20210318, hora 2 minuto 51:58 y audiencia virtual No17 parte B 20210318 minuto 0:00:02)¹.

¹“ Sí señor Juez , dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en esta audiencia a efectos que el honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral revoque en todas sus partes la sentencia atacada, fundamento mi recurso en los siguientes términos, con todo respeto manifiesto que el Juez de instancia desconocido que de la promulgación del sistema general de pensiones, ley 100 de 1993 se consideran dos regímenes pensionales excluyentes, pero que coexisten siendo éstos el régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, cuya selección ha de ser libre y voluntaria por parte de los afiliados, situación que implica conocer las ventajas y desventajas de afiliarse a uno u otro de estos sistemas pensionales, en esa

dimensión jurídica pasó por alto el fallador que para que se predicara una afiliación válida el régimen de ahorro individual con solidaridad se debía cumplir con las cargas legales que el legislador dispuso específicamente sobre el deber de información, el cual desde vieja data se ha constituido como una exigencia, de la cual se puede predicar una selección voluntaria del régimen, corresponde a los promotores de las sociedades administradoras de pensiones indicar las ventajas y desventajas al momento de generar su traslado, acompañamiento que resulta necesario para establecer un consentimiento informado, según se desprende de los regulados en el literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993, armonizado con lo establecido en el numeral primero del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que consagra que él, que lo establece desde esta data, la obligación de este deber. Se concluye además que el deber de información no se limita por manifestaciones genéricas o la información vertida en un formulario forma o proforma impresa pues del mismo sólo se infieren consentimiento pero no informado en la medida que la voluntad de los afiliados no se materializa sólo por la firma, sino a la luz del principio de la realidad sobre las formalidades por lo que era necesario que incluso durante la antesala de la afiliación a los usuarios para el caso de la demandante le hubiesen brindado elementos de juicio suficientes para que tuviera conocimiento de las incidencias tanto positivas como negativas al momento de cambiarse al régimen pensional hecho que sólo puede verificarse de una ilustración objetiva, clara y comprensible entre uno u otro sistema pensional, al respecto la sala laboral del honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1452 de 2019 radicado interno 68852 reiteró apartes de la sentencia hito SL 31989 al 9 de septiembre del 2008 indicando que desde hace más de 10 años el órgano del cierre la jurisdicción del trabajo, ha mantenido una postura invariable frente a la obligatoriedad de brindar información por parte de los fondos de pensiones en los siguientes términos abro " la sala ha defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría que sea de salvar entre un administrador experto y un afiliado Lego en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes cómo podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales", adicionalmente quiero expresar que el fondo de pensiones encartado en Litis en este caso Porvenir tenía la obligación de demostrar la diligencia y cuidado frente al acto o contrato derivado del formulario de afiliación, pues el artículo 1502 del estatuto sustantivo civil señala que para que se predique la validez de un contrato a de consentir en dicho acto la declaración de su voluntad sin que adolezca de vicio, orientación que según las voces del artículo 1508 de la misma obra señala que señala que los vicios de que pueda adoler el consentimiento son error, fuerza y dolo, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 1604 de ese mismo compendio normativo que indica que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearla, de allí que se desprenda que la administradora de pensiones cuyo traslado primigenio Porvenir era la encargada de demostrar que brindó una información clara completa y comprensible y veraz a la promotora de la acción, situación que nos evidencia y que el Juez ignoró transgrediendo lo normado en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 consonancia en lo establecido por el artículo 4° del Decreto 656 de 1994 situación de la que se colige que la vinculación al régimen de ahorro individual efectuada el día 9 de enero de ... en los términos del artículo 271 de la ley 100 de 1993 y obviamente los traslados horizontales efectuados a la AFP Protección y a la AFP Old Mutual hoy Skandia , el fallador de instancia pasó por alto que el deber de información no se trataba de una novedad normativa sino que es de la génesis del régimen ,de la génesis del régimen de ahorro individual con solidaridad ha existido situación que ha sido desarrollada en abundante jurisprudencia, emanada de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral en especial en la sentencia SL 1688 en 2019 donde se sintetizó la evolución normativa del deber de información, es claro que las reglas de la libertad de escogencia en sistema están sujetas a la comprobación de que se dio una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre el efecto del traslado en todas sus dimensiones legales para evaluar así la eficacia de la decisión del traslado, como lo establecí en mis alegatos de instancia y fue expresado además por la, por el interrogatorio de parte de representante legal, el único documento con el que se cuenta es el formulario de afiliación y es claro que las administradoras de fondos de pensiones al hacer parte del sistema de seguridad social y por lo tanto su actividad está ligado a un servicio público ,es de interés de General lo que le permite al Estado intervenir en su actuar, conforme lo prevén los artículos 48 y 335 de la Constitución

Política de Colombia, estas administradoras de fondos de pensiones tienen unas obligaciones especialmente y pero la de suministrar una información detallada en la que además de explicar de manera diáfana las características del sistema y los diferentes conceptos que lo conforman, debe advertirse los riesgos que el mismo genera lo que no se presentó en el caso que nos ocupa, como quiera que aquí tal y como se expresó en los hechos de la demanda, sólo se buscó, buscar o captar un cliente, por esa falta de afiliación o silencios, se da aplicación a lo dispuesto en la parte final del artículo 53 de la Constitución en concordancia con lo dispuesto por el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone que la ley, los contratos, los acuerdos y los convenios del trabajo no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores en los contratos de trabajo, toda vez que no produce ningún efecto en las estipulaciones o condiciones que desmejoran la situación de un trabajador, en relación con lo que establezca la legislación del trabajo adicionalmente se estableció en forma clara la diferencia, es más el señor Juez lo ha establecido en la sentencia que se le ha causado un grave perjuicio a mi representada, toda vez que el monto de la pensión en el fondo de pensiones es una pensión que ni siquiera alcanza el 50% del valor de la pensión que lo hubiese correspondido en Colpensiones, ahora bien en lo que hace alusión el fallador de instancia en cuanto a lo que se trata de una afiliación tácita, pues de dicha figura no se aplica en el caso que nos ocupa, como quiera que la afiliación tácita ha sido clara es cuando no existe formulario, la sala laboral de la Corte en sentencia 14236 del año 2015 con ponencia de la honorable magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo ha establecido claramente que este caso o la afiliación tácita más bien, esta figura se presenta cuando existen efectivamente unos actos de relacionamiento, pero no existe un formulario de afiliación, circunstancia y se trata es de la confirmación de la vinculación circunstancia que no se puede aplicar en el caso que nos ocupa, como quiera que aquí inclusive por parte de la demandante se allegaron los formularios de vinculación a los fondos de pensiones privados, en cuanto a la desigualdad que plantea también el fallador de instancia con las personas que están en camino o en la construcción de su futuro personal pues es claro que tampoco se presenta, como quiera que en este momento y desde el año 2016 existe la doble asesoría, entonces cuando a las personas le efectúan un comparativo de pensión entre el régimen de capitalización que administran los fondos privados de pensiones régimen de ahorro individual con solidaridad y el régimen de prima media con prestación definida cuando la persona va hacer un traslado tiene claro y tiene la información precisamente de cómo, cuál sería el monto de su pensión al momento en que la persona adquiera los requisitos, en cambio en el caso que nos ocupa, para el año 96 a mi representada no se le brindó ninguna información respecto a su futuro pensional, circunstancia que es perfectamente posible efectuar como quiera que las proyecciones de pensiones se encuentran, se encuentran establecidas las condiciones sobre las cuales se hacen y son la edad del afiliado a la fecha de traslado, que era los 33 años que tenía mi representada en el año 96, la edad en la cual va acceder a una pensión que era claro que era a los 57 años en el régimen de ahorro individual con solidaridad y los 55 años en el régimen de prima media, como quiera que para la fecha de traslado ni siquiera existía modificaciones y no había entrado en vigencia la ley 797 del 2003, que es cuando se aumenta la edad, la edad para acceder al reconocimiento de la pensión, el salario sobre el cual cotizaba a la fecha de traslado, pues era claro que al diligenciar el formulario afiliación, el que fue presentado además por el fallador en esta misma diligencia, fue presentado y ahí se establece claramente el salario con el que contaba mi representada al momento en que suscribió el formulario afiliación, el salario a junio 30 de 1992 y el número de semanas cotizadas, circunstancias también conocida y anotada demás por él por el promotor o asesor comercial de la AFP Protección, Porvenir, perdón los beneficiarios de la misma que además también se encuentran en el formulario de vinculación, que eran su esposo y su hijo, que el hijo que tenía para la fecha de traslado, la expectativa de vida que es la establecida por la Superintendencia Financiera antes bancaria en las tablas de mortalidad de rentistas inicialmente basadas en las experiencias del ISS entre 1980 y 1989 y el interés técnico, proyecciones que como quiera que la administradora de pensiones cuenta con actuarios, es precisamente posible hacerlo. En relación a la descapitalización también ha que ha hecho alusión el fallador, pues es claro que cuando se trata de procesos de nulidad o ineficacia de la afiliación la jurisprudencia ha señalado, el órgano de cierre, Corte Suprema Justicia que se devolverán no solamente los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante sino que hace la claridad que no se puede efectuar descuento alguno por gastos de administración y por comisiones que haya descontado y que se hayan

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

destinado para las aseguradoras de que se encuentran bajo este régimen, respecto a la, a la sentencia a que hace alusión el fallador sentencia 3752 del 2020 pues es mi deseo, es menester aclarar que conforme lo establece el artículo 2 de la ley 1781 de 2016 que adiciona el parágrafo al artículo 16 de la ley 270 de 1996 se aclara que la labor de unificación es parte de las funciones centrales de la Corte Suprema de Justicia sus diferentes salas, sin embargo el legislador decidió que los magistrados de descongestión pertenecientes a la Corte Suprema de Justicia no participarán en los procesos de unificación de jurisprudencia téngase en cuenta que esto también lo señala la Corte Constitucional en sentencia C 154 de 2016 cuando hace el análisis de exequibilidad de esta disposición legal, es claro que la unificación de jurisprudencia pretende garantizar la igualdad y seguro y seguridad jurídica por medio de una función de carácter permanente, por el contrario la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia copiosa creo que alrededor de 30 sentencias ha señalado en las reglas jurisprudenciales para fallar los casos de nulidad o ineficacia del traslado y lo ha hecho en sus alas principales que son quienes tienen la posibilidad de unificar la jurisprudencia, luego una sentencia proferida por una magistrada descongestión no puede variar la jurisprudencia y la línea jurisprudencial que ha señalado el órgano de cierre de la jurisdicción del trabajo en donde ha establecido claramente que no es necesario que se trate de personas beneficiarias del régimen de transición o una expectativa legítima y aclarado que la carga de la prueba en aplicación al artículo 167 de la ley 100 de 1993 incumbe es a los fondos privados convocados a juicio en este evento, en este caso Porvenir, Protección y Old mutual y revisado el acervo probatorio por el contrario existe una orfandad, como quiera que el único documento que sea allega es el formulario de afiliación, luego no se le puede imponer a mí representado a la parte demandante, que es la parte débil de esta relación cargas que no puede cumplir como es demostrar y además como quiera que se trata de alegaciones indefinidas que efectivamente los fondos cumplieron con el deber de información, máxime que cuando la representante legal de Horizonte dentro del interrogatorio de parte manifiesta que no se cuenta con ninguna información por parte de horizonte como quiera que la función la función de estas dos entidades se dio en el año 2014, por estas razones solicitó a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral se revoque en todas sus partes la sentencia proferida en este, en este, en esta audiencia como quiera que tampoco se puede endilgarle a mí representado un acto de ratificación de permanecer a la, en el RAIS por haber suscrito unos formularios de afiliación a dos fondos privados cuando quiera que, como quiera que para esa época ya había superado la edad y ya estaba inmersa en una causal de un impedimento mejor de trasladarse o de devolverse al régimen de ahorro individual con solidaridad, en estos términos dejó expuesto o mejor dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

(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 31

años de edad y había cotizado 492,86 semanas², 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 9 años, 4 meses y 25 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de de pensión (tenía 55 años).

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^{4 5}, según el cual, se debe

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada al expediente administrativo.

³ *Ibidem*.

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*

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 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)

no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

EXP. 038 2018 00622 00
Gaby Cristina Plata Joya Vs Sociedad Administradora de Fondo de pensiones y cesantías
PORVENIR S.A. y otras

que la ineficacia del traslado de régimen pensional producto de tales defectos 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 debe revocar la sentencia de primera instancia para declarar -en las mismas palabras usadas por la Corte- la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, y dictar las condenas que corresponden, con el criterio que en esta materia trazó la Corte, según el cual se debe ordenar el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración que cobró la AFP (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Lo anterior, dado que esta declaración (la 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).

La Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que cuando estaba haciendo el proceso de ingreso a la empresa IBM le informaron que debía afiliarse a pensiones y la convocaron a una reunión donde los asesores de Horizonte le informaron que se presumía el cierre del Instituto de Seguros Sociales y le propusieron beneficios y mejores garantías para quedar muy bien pensionada en dicho fondo. Adicionalmente relata que en los demás traslados fue abordada por asesores en cada una de las AFP`s, manifestando que en todos solo se hizo

EXP. 038 2018 00622 00
Gaby Cristina Plata Joya Vs Sociedad Administradora de Fondo de pensiones y cesantías
PORVENIR S.A. y otras

énfasis en el posicionamiento de cada una de las entidades y de la seguridad que iba a obtener si se afiliaba. (Audiencia virtual No 16 parte A 20210318, minuto11:14). La Corte consideró en las sentencias que se siguen como precedente que el deber de información se debe cumplir por las AFP's con tal diligencia que "(...) permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión", lo que no se demostró ocurrido en el expediente.

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 de la actora por el paso del tiempo o por la suscripción de formularios de afiliación a pensiones voluntarias en otros Fondos (ver páginas 70,71 y 73 del expediente digital).

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

Por las resultas del proceso las COSTAS en primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.

Sin condena en COSTAS en la apelación.

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** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de GABY CRISTINA PLATA JOYA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
3. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. (Hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A SKANDIA S.A.) a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
4. **ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. (hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A SKANDIA S.A.) que entregue toda la información contenida en la historia laboral de GABY CRISTINA PLATA JOYA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
5. **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 incurrió el fondo de pensiones.
6. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.
7. **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 MARÍA CAMILA ÁVILA TRIVIÑO, SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA Y MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ CONTRA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, LIBERTY SEGUROS (LLAMADA EN GARANTÍA) Y ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA (LLAMADA EN GARANTÍA).

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 los recursos de apelación presentados por SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA Y MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ y la apoderada de la llamada en garantía ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de abril de 2021 mediante la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las demandantes y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y se condenó a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA a pagar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y, en caso de haberse agotado los fondos de la póliza suscrita que sea la empleadora quien asuma el pago de la deuda.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, MARÍA CAMILA ÁVILA TRIVIÑO, SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA y MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ presentaron demanda contra OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de relaciones laborales con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL que iniciaron el 12 de diciembre de 2014, 12 de febrero de 2015 y 1 de diciembre de 2014, respectivamente, y finalizaron el 30 de septiembre de 2015. Así mismo, que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO contrató con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL la prestación de un servicio temporal para cubrir sus necesidades de crecimiento y expansión y, por ser aquel beneficiario del trabajo en misión, es solidariamente responsable de las obligaciones derivadas de los referidos contratos de trabajo. En consecuencia, pide que se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., e indexación. Subsidiariamente, que las referidas acreencias sean reconocidas por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador y se tenga como solidariamente responsable a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, por haber fungido como simple intermediaria.

Como fundamento de lo pedido, relatan que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO suscribió con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL los contratos de prestación de servicios No. 275 de 2014 y 147 de 2015, el primero de los cuales tuvo por objeto el suministro de personal en misión para cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del referido fondo, labor que no fue definida en el tiempo, y con fundamento en ello cual fueron contratadas en la modalidad de obra o labor y envidadas como trabajadoras en misión para desempeñar labores no transitorias que eran parte del giro normal de los negocios del FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Desempeñaron sus funciones en horario de 7 a.m. a 5 p.m. hasta el 30 de septiembre de 2015, pese a lo cual OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES

S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL no les canceló cesantías, intereses a las cesantías, primas ni vacaciones, ni cumplió sus obligaciones al terminarles sus contratos por escrito. Agregó que, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL se sometió a proceso de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades, proceso en que se reconocieron como pasivos las liquidaciones adeudadas a las demandantes sin que hubiera ofrecido fórmula de pago ni realizado consignación alguna de tales valores, lo cual tampoco fue efectuado por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, pese a conocer la referida ausencia de pago. En informe del 2 de octubre de 2015 de la interventoría de los contratos suscritos entre las demandadas, se indicó que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL se encontraba en riesgo inminente de incumplimiento de sus obligaciones contractuales y se recomendó al FONDO NACIONAL DEL AHORRO declarar el incumplimiento contractual (Archivo 01FOLIOS1AL69.pdf, Folios 7 al 55).

Notificada la demanda a la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, la contestó mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones principales y subsidiarias incoadas, con fundamento en que las demandantes fueron contratadas como personal en misión ante el FNA y las acreencias laborales serían canceladas conforme al proceso de liquidación judicial en que se encuentra la empresa de servicios temporales, el cual imposibilitó realizar tales pagos previamente, circunstancia que impide entender mala fe de su parte. Afirma que suscribió con la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA pólizas para la eventual cobertura de las acreencias reclamadas y, en caso de no ser posible su pago dentro del proceso concursal correspondería el pago al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en virtud de la solidaridad de que trata el artículo 13 del Decreto 4369 de 2006. Propuso como excepciones de fondo: *Existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por las demandantes, Existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y Genérica* (Archivo 04FOLIOS124AL171.pdf, Folios 14 a 40).

También contestó el demandado FONDO NACIONAL DEL AHORRO, mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias formuladas en su contra, afirmando que no fue empleador directo de las demandantes y no hay lugar a declarar la solidaridad, pues cumplió con todas la obligaciones contenidas en los contratos comerciales válidamente suscritos para satisfacer sus necesidades de crecimiento por incremento de producción con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, entidad que asumió todos los riesgos de la contratación laboral y reconoció las acreencias en el proceso de reorganización empresarial en que se encuentra, las cuales se encuentran garantizadas con pólizas suscritas con LIBERTY SEGUROS S.A. Propuso como excepciones *Inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador de las demandantes, Buena fe, Compensación e Improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones* (Archivo 05FOLIOS172AL210.pdf, Folios 1 a 27).

Igualmente contestó la demanda y el llamamiento en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINAZAS S.A. – CONFIANZA, mediante apoderado, quien se opuso a lo pretendido, con fundamento en que no ejecutó contrato alguno con las demandantes. Afirmó que la póliza de cumplimiento conforme a la cual fue llamada, No. 24 DL006347, perdió vigencia el 1 de enero de 2015, por lo que no cubre los hechos ni pretensiones de la demanda. Refirió que no hay lugar a la afectación de la póliza si se llegase a demostrar que los trabajadores prestaron sus servicios directamente al FNA, entidad que en todo caso no se encuentra legitimada para solicitar el llamamiento, pues el seguro se tomó por la temporal. Propuso como excepciones *Falta de legitimación en la causa del Fondo Nacional del Ahorro para llamar en garantía a Confianza S.A., Los hechos de la demanda no gozan de cobertura / La relación laboral del demandante se produjo por fuera de la vigencia de la póliza, Ausencia de Requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza 24 DL006347, Los demandantes han sido reconocidos dentro del proceso de reorganización y*

hoy liquidación judicial de la sociedad Optimizar Servicios Temporales, Pago y Genérica (Archivo 10FOLIOS276AL336.pdf, Folios 16 a 29).

También contestó la demanda la sociedad LIBERTY SEGUROS S.A. mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias con fundamento en que no ejecutó contrato alguno con el demandante. Refirió que en caso de encontrarse que los trabajadores prestaron sus servicios directamente al FNA, dicho riesgo no se encuentra cubierto por la póliza suscrita a favor de entidades estatales, la cual, en todo caso, fue declarada nula o ineficaz. Propuso como excepciones *Inexistencia de responsabilidad del Fondo Nacional del Ahorro, Inexistencia de solidaridad entre las empresas de servicios temporales y la empresa usuaria, Nulidad absoluta o inexistencia de las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales Decreto 1510 de 2013 No. 2436541 y 2533998 expedidas por Liberty Seguros S.A., Inexistencia de siniestro de las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales Decreto 1510 de 2013 No. 2436541 y 2533998 expedidas por Liberty Seguros S.A., Prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio, Responsabilidad subsidiaria de Liberty Seguros S.A., Reducción y pérdida de la indemnización de Fondo Nacional del Ahorro derivada de la compensación a favor de a aseguradora, Terminación del contrato de seguro por falta de notificación de la agravación y modificación del estado del riesgo y Reducción y pérdida del derecho a la indemnización por incumplimiento del deber de mitigar el hecho dañoso (Archivo 10FOLIOS276AL336.pdf, Folios 60 a 77).*

Terminó la primera instancia con la sentencia apelada, dictada por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de abril de 2021, mediante la cual se declaró la existencia de contratos de trabajo entre las demandantes y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, que iniciaron, para MARÍA CAMILA ÁVILA TRIVIÑO el 1 de diciembre de 2014, para SANDRA MARCIAL MOJICA ARBOLEDA el 12 de febrero de 2015, y para MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ el 1 de diciembre de 2014, y culminaron el 30 de septiembre de 2015 y, en consecuencia, se condenó a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS

S.A. CONFIANZA a pagar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y, en caso de haberse agotado los fondos de la póliza suscrita, la empleadora deberá asumir la deuda. Absolvió al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y a LIBERTY SEGUROS de las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA y los demandantes de la siguiente manera: Entre la demandante MARÍA CAMILA ÁVILA TRIVIÑO y Optimizar Servicios Temporales existió un contrato de trabajo, el cual estuvo vigente entre el 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015. Entre la demandante SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA y Optimizar Servicios Temporales existió un contrato de trabajo, el cual estuvo vigente entre el 12 de febrero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015. Entre la demandante MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ y Optimizar Servicios Temporales existió un contrato de trabajo, el cual estuvo vigente entre el 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015. SEGUNDO: CONDENAR a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS SA CONFIANZA al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero en virtud de la póliza DL 007987 con vigencia entre el 1 de enero de 2015 y el 1 de enero de 2016 y hasta el monto máximo de esta, advirtiendo que en caso de no tener los fondos suficientes para cumplir la obligación, como así lo ha certificado, le corresponde a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES asumir la deuda: A favor de MARÍA CAMILA ÁVILA TRIVIÑO, la suma de \$20.350.000. A favor de SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA, la suma de \$43.413.333. A favor de MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ, la suma de \$21.367.500. TERCERO: ABSOLVER a FONDO NACIONAL DEL AHORRO y LIBERTY SEGUROS de todas las pretensiones incoadas por los demandantes. CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, dentro de las cuales se deberán incluir las siguientes agencias en derecho: a favor de MARÍA CAMILA ÁVILA TRIVIÑO la suma de \$800.000, a favor de SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA la suma de \$1.600.000 y a favor de MARÍA*

ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ la suma de \$800.000. Por otro lado, condenar en costas a los demandantes y a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, dentro de las cuales se deberán incluir como agencias en derecho la suma de \$1.600.000, que deberán pagarse así: en contra de MARÍA CAMILA ÁVILA TRIVIÑO la suma de \$400.000, en contra de SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA la suma de \$800.000 y en contra de MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ la suma de \$400.000” (Carpeta 33AudienciaArticulo77y8020210419, Archivo 01 Audiencia Articulo 77 y80 2021 0419.mp4, Hora 2:20:16).

Para tomar su decisión, la juez de primera instancia señaló que no existía controversia respecto de la existencia y límites temporales de los contratos de trabajo suscritos por las demandantes con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, los cuales también se encuentran acreditados en el expediente. En ese orden, encontró probado el pago de las acreencias laborales de las trabajadoras en el mes de octubre de 2017 sin que la mora se encontrara justificada o se acreditara buena fe de la empresa temporal, razón por la cual había lugar al reconocimiento de indemnización moratoria, la cual iría hasta el 17 de noviembre de 2016, fecha en que dicha sociedad entró en proceso de liquidación. Consideró que la condena debía ser cubierta por la póliza suscrita con la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA hasta agotar su importe, caso en el cual la obligación recaería en la empresa tomadora. Por último, afirmó que los contratos celebrados se encontraron ajustados a la normatividad vigente para los servicios en misión, por lo que no había lugar a condena solidaria contra el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del apoderado de las demandantes SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA Y MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ afirma que debió extenderse la indemnización moratoria hasta la fecha efectiva de pago de las prestaciones adeudadas, pues considera que lo contrario es

imponer una norma del Código de Comercio acerca de la insolvencia a asuntos laborales que cuentan con norma especial para el efecto, además de trasladar a las trabajadoras los riesgos económicos del empleador que lo llevaron al proceso de reorganización y posterior liquidación. Así mismo, consideró que la condena se debe extender solidariamente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en tanto las funciones desempeñadas eran esenciales para que dicha entidad cumpliera su objeto social y tenían el carácter permanente, como lo afirmaron los testigos Leonardo Alfonso y Javier Romero, lo que da cuenta del uso del servicio a cargo de empresas temporales para ocultar relaciones laborales continuas (Carpeta 33 Audiencia Artículo 77 y 8020210419, Archivo 01AudienciaArticulo77y8020210419.mp4, Hora 2:22:26)¹.

¹ *“Muchas gracias señora Jueza me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior De Bogotá Sala Laboral contra la sentencia que se acaba de dictar para que la misma sea revocada parcialmente en cuanto no se extendió la solidaridad de las condenas al fondo Nacional del ahorro y se modifique en cuanto al monto de la indemnización moratoria a que fue condenado Optimizar para que esta cuantía se extienda hasta la fecha en que se produjo el pago efectivo de las prestaciones sociales. sustentó mi recurso de apelación señora Juez de la siguiente manera, en cuanto a la indemnización moratoria se refiere, perdón, en cuanto a la indemnización moratoria se refiere señora Juez debo de manifestar que de acuerdo con el artículo 29 del Código Sustantivo Del Trabajo, el trabajador no puede participar de los riesgos, ni pérdidas de su empleador por consiguiente si tal como lo manifestó la señora Juez en su sentencia, la crisis económica no es una razón atendible que justifique el retardo en que incumplió el empleador pues mucho menos puede ser la consecuencia de esta crisis económicas que en este caso sería el proceso de reorganización a que fue sometido optimizar precisamente por no cumplir con sus obligaciones laborales, sumado a lo cual, tal como lo manifestó la juez en la sentencia que se acaba de dictar Optimizar incumplió con las obligaciones que se le impusieron dentro de dicho proceso de reorganización concretamente para que procediera a efectuar el pago de prestaciones sociales adeudadas a los aquí demandantes, valga señalar desde este punto de vista nadie puede alegar su propio error en su favor, adicionalmente lo accesorio sigue la suerte de lo principal, si lo principal es la crisis económica y no es una razón atendible lo accesorio que viene a ser el proceso de reorganización, tampoco puede ser considerado como una razón atendible que justifique la mora adicionalmente, debió considerarse un hecho muy importante y es que las disposiciones sobre las cuales se están amparando en este caso Optimizar para evadir el pago de la indemnización moratoria son disposiciones que surgen del Código de Comercio, no obstante, el Código Sustantivo Del Trabajo regula la materia en su Artículo 65 y si ya existe en este caso una norma que viene desde una fuente laboral como en este caso pues no debe de acudir a disposiciones del Código de Comercio simple y llanamente señora juez consideró que la indemnización moratoria de mi representada la señora María Angélica huérfano y Sandra Mojica debieron imponerse hasta la fecha en que se acreditó el pago efectivo de éstas, de estas prestaciones sociales que lo fue de 2 años después de haber culminado la relación laboral, entonces quiero que en ese aspecto se haga la respectiva modificación de la cuantía que se, a que se condenó en la respectiva sentencia. En cuanto a la solidaridad se refiere, debo manifestar igualmente al Tribunal varios aspectos, el primero de ellos es que el Fondo Nacional del Ahorro es una empresa industrial y comercial del Estado que está regulada en el Decreto 3118 de 1968 en el artículo 2 de esta disposición entre otras cosas se establecen que sus funciones son pagar oportunamente el auxilio de cesantías a empleados públicos y trabajadores oficiales proteger dicho siglo contribuir a la solución del problema de vivienda de servidores del Estado contribuir a la mejor organización y funcionamiento del sistema de seguridad social etcétera, etcétera, las labores que en este caso estaban desempeñando mis*

representadas la Señora Sandra Mojica y María Angélica Huérfano son labores que están inescindiblemente ligada a estas funciones legales que acabo de reseñar, son funciones sin las cuales el Fondo Nacional del Ahorro no pudiera cumplir cabalmente su objeto social desde este punto de vista y siguiendo los parámetros esbozados en la sentencia que yo acabo de referenciar y que contrario a lo que manifestó la señora Jueza sí aplica al caso, precisamente porque son dos componentes esenciales de los que habla la sentencia, en la sentencia SL 4330 de 2020 proferida el 21 de octubre de la misma anualidad y son la necesidad de la, de la labor contratada y su duración, son dos componentes que se deben de examinar y en este caso particular la labor que tenían a cargo mi representadas eran necesarias y tenían el carácter permanente porque no eran labores de carácter ocasional a ello me refiero siguiendo lo que manifestaron en su momento los testigos que fueron convocados, los testigos que fueron convocados a este, a este proceso los señores Leonardo Alfonso, el señor Ronaldo Alfonso quien declaró en este caso en favor de la señora María Angélica manifestó de manera clara que la señora María Angélica era analista de crédito e igualmente realizaba funciones de control de calidad, era analista de PQR, realizaba solicitudes de crédito hipotecario, tenía que aprobar los créditos presentar informes y reportes, igualmente el testigo Javier Romero quien declaró respecto de la Señora Sandra Mojica manifestó que ambos trabajaban como analista de crédito, revisaban las centrales de riesgo, tenían que verificar que los clientes cumplirán con las políticas del Fondo Nacional del Ahorro, tenían que revisar los documentos de crédito que presentaban los clientes, presentar informes y verificar que se cumpliera con la reglamentación del Fondo Nacional del Ahorro, entonces, estas actividades que acabo de mencionar a la luz de lo que ha dicho la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, obviamente que tienen el carácter de permanente, no son labores que tengan una función transitoria son labores que se requieren en el tiempo para que lo, el Fondo Nacional del Ahorro pueda cumplir con su labor de la misma manera y siguiendo lo que dijo la sala de casación laboral de la Corte Suprema, en este fallo que no es contrario a lo que aconteció acá, porque se sentó un criterio general, es decir se sentó la ratio decidendi en este caso particular, que tuvo en sus manos la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la duración es un tema que se debe examinar, entonces aquí voy a lo que he insistido en este proceso y otros es que los extremos temporales, tal como lo ha dicho la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en innumerables sentencias, fijan el marco para proceder a efectuar la liquidación de las prestaciones sociales, pero es que la solidaridad es una figura jurídica que es, que busca simplemente extender la responsabilidad respecto de las condenas dinerarias que recaigan respecto de una parte y de las cuales debe responder el solidario por una cuestión legal que los vincule. Desde este punto de vista y esto se lo reiteró al Tribunal, los extremos temporales no pueden ser el único marco de referencia para determinar la solidaridad, ni para probar el hecho solidario que en este caso se está reclamando por vía judicial y del y sobre el cual existe prueba suficiente porque reitero lo manifestado por los testigos que fueron convocados, cada uno de ellos declaró respecto de las demandantes, el señor Leonardo sentó su versión, igualmente en el sentido de manifestar, sentó su versión en el sentido de manifestar que la señora María Angélica había trabajado para el Fondo Nacional del Ahorro un mes después de que él entró a trabajar, es decir, desde el año 2015 y duró hasta el mes de julio del año 2019 y de la misma manera el señor Javier Romero cuando se le indagó sobre la temporalidad de la Señora Sandra Mojica, informó que esta estuvo trabajando para el Fondo Nacional del Ahorro y con posterioridad al contrato que finalizó con Optimizar, continúa trabajando hasta diciembre 2019 a través de diferentes empresas de servicios temporales como Activos S.A, Servicios y asesorías entre otras, hasta el momento en que se retiró voluntariamente entonces la prueba que le estoy trayendo en este caso al Despacho y sobre la cual pues lastimosamente no hubo mención a la declaración de los testigos en ese aspecto, pues son dicentes y muy contundentes en cuanto a que se superó el año de servicios que es el límite que fija el Decreto 4369 del año 2006, para efectos de la vinculación de trabajadores en Misión, entonces desde este punto de vista, es claro que el Fondo Nacional del Ahorro incumplió disposiciones relativas a la contratación de trabajadores en misión y reitero que, que esta postura, es decir, lo que concierne a la prueba de la solidaridad es muy diferente a lo que tiene que ver con el marco de los extremos temporales, porque en ningún momento se le está pidiendo a la Jueza de qué extienda el pago de prestaciones sociales hasta la fecha en que trabajó, en que trabajaron mis mandantes lo que se está pidiendo es que liquide las prestaciones sociales de acuerdo con el marco que se fijó en la demanda, pero esa suma dineraria se le cargue al Fondo Nacional del Ahorro porque

En el recurso de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA, su apoderado indica que no debió proferirse condena con afectación a la póliza terminada en 7987, cuyos fondos en todo caso ya fueron agotados, según certificación que obra en el expediente, pues la mora no le resulta imputable en tanto no participó de las liquidaciones a los trabajadores, y sólo hasta mayo de 2017 el Ministerio del Trabajo declaró el siniestro y le fue ordenado el pago a más de 1600 trabajadores, sin incluir indemnización alguna (Carpeta 33 Audiencia Artículo 77 y 8020210419, Archivo 01AudienciaArticulo77y8020210419.mp4, Hora 2:37:01)².

está demostrado que en efecto, incumplió con disposiciones de contratación en misión, porque excedió el límite que fija la normatividad ya mencionada y si no accedía a esa, a ese argumento pues estaba el segundo argumento ,que eran las actividades desarrolladas por mis mandantes, igualmente eran necesarias para el cumplimiento de las labores y de las funciones a cargo del Fondo Nacional del Ahorro entonces señora Juez, pues me permito para terminar, me permito traer a colación la sentencia de la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, tantas veces mencionada, la 4330 del 21 de octubre del año 2020, que dice así, solamente voy a leer el párrafo en lo pertinente abro " fue por ello el Tribunal en aras de dilucidar esta cuestión se apoyó válidamente en el principio de primacía de la realidad sobre las formas para desvelar la naturaleza del servicio prestado al Fondo Nacional del Ahorro especialmente en lo que hace, subrayó, al carácter de la necesidad contratada y su duración al carácter de la necesidad contratada y su duración, con ello su estudio no se limitó a las estipulaciones contractuales sino que las confrontó con la realidad de su ejecución, lo que le permitió colegir que el autor desempeñó actividades permanentes en favor de la usuaria y no transitorias, actividades permanentes en favor de la usuaria y no transitorias, es decir, se instrumentalizo el servicio a cargo de las empresas de servicios temporales para ocultar relaciones laborales continuas y por esta vía reducir costos laborales, valga resaltar cierto " valga resaltar señora Juez que en esta sentencia se condenó igualmente al Fondo Nacional del Ahorro al pago de la indemnización moratoria tantas veces reclamada aquí, dejó de esta forma sustentado mi recurso de apelación para que sea entonces la sala laboral del honorable tribunal superior de Bogotá, el que resuelva esta cuestión de fondo, quedando desde luego pendiente lo que se deba de resolver sobre el auto que negó el interrogatorio el interrogatorio o el informe juramentado al representante legal del fondo Nacional del ahorro y en caso de revocarse este auto que profirió la señora Jueza respecto de la negativa del Decreto de esta prueba, de inmediato pues le voy a pedirle al Tribunal Superior que en la misma instancia, pues sea en esa misma instancia en que se practique este, este informe juramentado. Muchas gracias señora Juez."

² *"Si su señoría, voy a interponer recurso de apelación en sentido parcial en contra del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia que fue proferida en esta audiencia en el siguiente sentido, manifiesto que no estamos conformes con la decisión de condenar a Seguros Confianza el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en virtud de la póliza terminada en 7897, 7987, perdón, teniendo en cuenta su señoría que como bien quedó acreditado en el proceso, Seguros Confianza obedeció lo ordenado por el Ministerio del Trabajo, es decir, que los trabajadores a través de sus apoderados iniciaron un proceso administrativo como efectivamente tenía que hacerse para hacer afectar esta póliza, producto de ese proceso en el Ministerio del trabajo se profirió una resolución que declaró el siniestro, ordenando la afectación de la póliza terminan 7987 que era la vigente para la fecha en que estos trabajadores elaboraron para el Fondo, esta Resolución es producto de recursos de reposición y después de apelación, finalmente hasta mayo del año 2017, es cuando el Ministerio resuelve, confirma la Resolución que declara el siniestro y ordena a la liquidadora*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que las demandantes apelantes prestaron servicios a favor del FONDO NACIONAL DE AHORRO, como trabajadores en misión, por vinculación con la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL así: MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ desde el 12 de febrero hasta el 30 de septiembre del 2015, con último salario mensual de \$3.200.000, en el cargo de Profesional IV, y SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA entre el 1 de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, con último salario mensual de \$1.575.000, en el cargo de Crédito I; y (ii) que a las referidas demandantes les fueron pagados los derechos laborales causados, los días 26 de octubre y 17 de octubre de 2017, respectivamente, con afectación de la póliza suscrita entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE

nombrada por la Superintendencia de Sociedades a quién le remita a Confianza en un término muy corto las liquidaciones de todos y cada uno de los trabajadores a los cuales se les debía dineros, por concepto de sus liquidaciones, es decir que Confianza aquí no participó en ningún momento en efectuar las liquidaciones de los trabajadores, la liquidadora nos envía las liquidaciones más o menos en el mes de julio a agosto nos envían las liquidaciones a seguros Confianza y nosotros en un tiempo récord de dos meses, es decir, entre los meses de septiembre a finales de septiembre al mes de noviembre del 2017 es que confianza logra ubicar a cada uno de los trabajadores, eran más de 1600 trabajadores para entrarlos a sus bases de datos y pagarles exactamente lo que decía las Resoluciones y lo que decían las liquidaciones efectuadas por la Superintendencia, es claro que estas liquidaciones fueron también vigiladas por el Ministerio del trabajo que participó en todo este proceso, por eso seguros Confianza no entró a pagar ninguna suma de dinero adicional, porque nos sujetamos claramente a las liquidaciones que nos envió la liquidadora, ninguna sanción moratoria puede ser trasladada a seguros Confianza porque como pudimos observar el proceso administrativo ante el Ministerio se demoró más de casi 2 años se demoró este proceso y por lo tanto pues no es imputable a nosotros esta demora en todo este proceso administrativo y segundo, no estamos obligados al reconocimiento de ninguna suma adicional porque nos sujetamos claramente las liquidaciones que nos remitieron por parte de la Superintendencia, entonces en ese sentido es claro que nosotros no debemos aquí ser condenados por una suma adicional a la ordenada por el Ministerio y finalmente pues a pesar de esto pues hay que tener en cuenta como bien lo tuvo en cuenta el Despacho en la segunda parte del numeral segundo esta sentencia y es que en caso de no advertirse la existencia de fondos de esta póliza, pues es claro que no se puede asumir la obligación en tanto lo debe asumir Optimizar servicios temporales, es claro y solicitó al Tribunal tener en cuenta que existe certificación expedida por la representante legal de seguros Confianza donde acredita claramente que no hay valor asegurado más de 5.154 millones fueron ya afectados, ya fueron pagados a los trabajadores y por lo tanto no hay valores adicionales que se puedan asumir con cargo a esta póliza al no haber valor asegurado ya de esta garantía, entonces en ese orden te dejo expuesto los argumentos del recurso, muchísimas gracias”.

FIANZAS S.A CONFIANZA, llamada en garantía por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO (Archivo 10FOLIOS276AL336.pdf, Folios 52 a 55 y Archivo 11FOLIOS337AL396.pdf, Folios 85 a 87).

Por el principio de congruencia³, no hay lugar a pronunciarse sobre eventuales labores que hayan prestado las demandantes a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO con posterioridad al 30 de septiembre de 2015, como quiera que ninguno de los hechos ni las pretensiones principales o subsidiarias de la demanda se encuentran encaminada en ese sentido (Archivo 01FOLIOS1AL69.pdf, Folios 7 al 55).

El Tribunal debe definir (i) si la condena al pago sanción moratoria para SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA y MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ se debe extender en el tiempo, (ii) si las condenas por este concepto se podían dictar contra el FONDO NACIONAL DE AHORRO, y (iii) si procedían las condenas dictadas en contra de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA.

(i). Para resolver lo primero el artículo 65 del CST dispone para el empleador una sanción equivalente a 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 prestaciones sociales causados en la relación de trabajo. Sin embargo –así lo ha dicho reiteradamente la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia- las condenas por este concepto no se pueden imponer de forma

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2808-2018 Radicación No. 69550, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: *“Principio de congruencia (...). Conforme dicho principio, los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador. Luego el sentenciador, debe obrar dentro del marco trazado por las partes en conflicto. Es así que esta Sala de la Corte, de antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de la causa petendi invocada por el promotor del proceso. Si es el fallador de segundo grado quien desborda ese estricto límite y resuelve ex novo -sobre pretensiones que no fueron debatidas en las instancias-, también incurriría en un quebranto de dicho principio y si la transgresión a tal institución es determinante y afecta el derecho de defensa de una de las partes involucradas en el proceso, tal decisión será susceptible de cuestionamiento en el recurso extraordinario de casación, porque a través de la violación medio de la disposición procesal referida, se reconoce un derecho sustancial, mediante el quebranto de los presupuestos constitucionales y legales del debido proceso (SL911-2016)”*.

automática e inexorable al retardo, pues bien puede el empleador acreditar en el expediente que actuó con buena fe, situación que se presenta no sólo del entendimiento plausible de no estar obligado a los pagos que se reclaman, sino también de situaciones sobrevinientes por las cuales le resulte imposible efectuar el pago oportuno de los derechos laborales que se causaron en la relación de trabajo.

En esta última situación, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido buena fe de las empresas que se encuentran en situación de reorganización empresarial o en procesos de liquidación, pues en dichas circunstancias el empleador pierde autonomía para administrar sus bienes y definir el orden de pago de las obligaciones que adeuda. En procesos concursales, regulados en la Ley 1116 de 2006, la ley dispone que la sociedad *“no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”* y por ello las decisiones del agente liquidador *deberán tener relación directa con la liquidación* y someterse a los límites y las reglas legales del proceso, que imponen unos momentos específicos para hacer pagos a acreedores y la prioridad específica que tienen las acreencias.

Bajo los anteriores lineamientos la Sala confirmará la decisión de primera instancia que ordenó el pago de sanción moratoria hasta el 17 de noviembre de 2016, pues según las pruebas aportadas (escritura pública 0683 del 12 de junio de 2017) ese día se dictó el auto N° 017750 mediante el cual se decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de la demandada (Archivo 04FOLIOS124AL171.pdf, Folios 66 a 81).

(ii). Para resolver si las condenas se pueden dictar en contra del FONDO NACIONAL DE AHORRO el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 permite la contratación temporal de trabajadores, mediante Empresas de Servicios Temporales, cuando se deba ejecutar una cualquiera de las siguientes actividades: i) atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, a las que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; ii) reemplazar

personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; o iii) atender incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o mercancías, o durante los períodos estacionales de cosechas, e incrementos en la prestación de servicios, limitando la procedencia de la vinculación temporal a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales.

Cuando ello ocurre la EST (Empresa de Servicios Temporales) será el real empleador de los trabajadores, y ninguna responsabilidad tendrá la empresa usuaria frente a las obligaciones que surjan a cargo de dicho empleador.

Atendiendo a esta regulación, las pruebas allegadas al expediente permiten concluir que las funciones contratadas se enmarcan en el tercer supuesto que trae el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 (atender incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o mercancías, o durante los períodos estacionales de cosechas y de incrementos en la prestación de servicios) y no procedían por ello condenas en contra del FONDO NACIONAL DE AHORRO, tal como lo definió a sentencia apelada que también será confirmada en esta materia.

Así lo establecieron las partes de los contratos suscritos por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO (Carpeta 06CDFOLIO211, Archivos 1. Copia del contrato estatal No. 275 de 2014 pdf.pdf y 2. Copia del contrato estatal No. 147 de 2015.pdf) cuya cláusula primera estipuló, como objeto satisfacer las necesidades de *crecimiento y expansión* del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en armonía con el plan Nacional de Desarrollo, y en esta perspectiva de crecimiento de producción o de servicios, los contratos de trabajo de las demandantes se desarrollaron respetando el límite temporal que define la Ley pues se ejecutaron, con SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA durante un poco más de 7 meses (del 12 de febrero al 30 de septiembre de 2015 - Archivo 02FOLIOS70AL122.pdf, Folios 41 a 48), y con MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ por 10 meses (del 1 de diciembre de 2014 al 30 de

septiembre de 2015 - Archivo 02FOLIOS70AL122.pdf, Folios 54 a 57) como lo afirma la demanda en el libelo (la norma autoriza seis meses prorrogables por seis meses más), y lo demuestran los documentos aportados al proceso que dan cuenta clara de la modalidad excepcional de relación de trabajo que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

No son útiles en la materia propuesta como objeto del proceso por la parte demandante, los testimonios rendidos por JAVIER ORLANDO ROMERO MARTÍNEZ Y LEONARDO ALFONSO SOCHA, quienes refirieron que las trabajadoras laboraron hasta el año 2019 mediando otras empresas de servicios temporales (Carpeta 33AudienciaArticulo77y8020210419, Archivo 01AudienciaArticulo77y8020210419.mp4, Horas 1:26:10 y 1:14:13), pues fueron las mismas demandantes quienes establecieron en el escrito de demanda los límites temporales de la relación hasta el 30 de septiembre de 2015 y enmarcaron por ello la controversia que se puede desatar en este expediente.

Tampoco se puede deducir una vinculación directa con el Fondo Nacional de Ahorro, del hecho de haber cumplido las demandantes funciones *misionales* de la entidad. En esta excepcional modalidad de contratación (servicios temporales) los trabajadores cumplen, precisamente, funciones *misionales* del contratista, solo que ellas se desarrollan de forma temporal, como lo autoriza la ley. No se puede confundir la vinculación de trabajadores mediante EST con otras modalidades de tercerización de la relación de trabajo que tienen condiciones diferentes de eficacia, tales como los contratistas independientes, o los afiliados a Cooperativas de Trabajo Asociado.

Esta misma Sala ha dictado condenas en contra de las empresas usuarias cuando en el proceso se demuestra que los servicios no fueron temporales por haber sobrepasado el límite máximo de un año dispuesto en la ley, o cuando su objeto no se enmarcó en las actividades que el ordenamiento autoriza desarrollar en esta modalidad, sin tener en cuenta si las actividades desarrolladas fueron o no misionales. La sentencia C-330 de 1995 definió la

legalidad de la relación cuando se trate de atender incrementos en la producción, por seis meses y *"hasta seis (6) meses más"*, advirtiendo que "(...) *Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino"*.

Resultan por ello inútiles para demostrar responsabilidad solidaria de la empresa usuaria, las declaraciones que hicieron Javier Orlando Romero Martínez y Leonardo Alfonso Socha, que refirieron que SANDRA MARCELA MOJICA ARBOLEDA y MARÍA ANGÉLICA HUÉRFANO SÁNCHEZ, la demanda nunca se encaminó a discutir una vinculación distinta a la ya referida.

(iii). Igualmente se confirmará la condena dictada en contra de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, pues se demostró que ésta era garante de las obligaciones que se pudieran deducir en contra de la demandada principal, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., según la póliza No. DL 007987 anexada al expediente (Archivo 10FOLIOS276AL336.pdf, Folios 42 y 43). Según el contrato de seguro, se encontraban amparados entre el 1 de enero de 2015 y el 1 de enero de 2016 los pagos de *salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión en caso de iliquidez de la empresa*, que es precisamente la razón por la cual surgió en contra de OTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. la condena que subsiste en el proceso al pago de *indemnización* moratoria.

Además, y frente a cualquier duda que pudiera surgir sobre la vigencia de las pólizas de seguro, resulta claro que la aseguradora CONFIANZA S.A. pagó las obligaciones por salarios y prestaciones sociales causadas durante las relaciones de trabajo (Archivo 11FOLIOS337AL396.pdf, Folios 85 a 87) de lo cual resulta también clara su obligación de pagar todas las *indemnizaciones* que pudieran surgir de dichas relaciones de trabajo (artículo 65 del CST), a cuyo amparo se obligó expresamente en el texto de las pólizas.

Por esta razón se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia.
2. **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 SANDRA LUCENA MALDONADO
VELÁSQUEZ CONTRA BANCO POPULAR S.A.**

Bogotá D. C., Treinta (30) 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 demandante contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de marzo de 2021, mediante la cual condenó a la demandada a la reliquidación de prestaciones sociales legales y extralegales.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SANDRA LUCENA MALDONADO VELASQUEZ presentó demanda contra el BANCO POPULAR S.A. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el BANCO POPULAR y el sindicato de industria de primer grado UNIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS "UNEB", y que las bonificaciones pactadas en adiciones del contrato de trabajo suscritas el 14 de septiembre de 2005 y el 22 de septiembre de 2016 constituyen factor salarial. Pide que se condene al reajuste de las cesantías, intereses de las cesantías, primas, vacaciones, aportes a la seguridad social en salud y pensiones, con el salario realmente devengado desde el año 2005, y que se re-liquiden las prestaciones convencionales

incluyendo en la base las bonificaciones que recibía, la indemnización que regula el artículo 65 del CST, indexación, lo que se encuentre probado extra y ultra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que ingresó a la entidad demandada como profesional de gerencia jurídica el 5 de diciembre de 1991 mediante contrato de trabajo a término indefinido el cual aún se encuentra vigente. Indica que el 14 de septiembre de 2005 ascendió al cargo de Asesor de Casa Matriz y se hicieron adiciones a su contrato de trabajo acordando el pago de una bonificación *por recaudo efectivo de cartera de cobro jurídico* que se pagaba el 19 de cada mes los valores correspondientes a la cartera del crédito hipotecario y el 29 de cada mes las bonificaciones de la cartera de crédito de consumo. Refiere que el 22 de septiembre de 2016, como reconocimiento de su labor, fue asignada al cargo de Jefe de División Casa Matriz con una asignación salarial de \$3.889.000 pese a que el salario que debía devengar era de \$4.300.000, razón por la cual se compensó la diferencia con el pago de \$411.000 mediante una cláusula que señaló que era una bonificación no constitutiva de salario. Afirma que la convención colectiva de trabajo prohíbe modificar los contratos de trabajo a través de *otrosí*, o pactar la exclusión de salarios y denominarlos bonificaciones (folios 2 a 17 y subsanación 59 a 61).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por el BANCO POPULAR S.A. mediante apoderado, quien aceptó el vínculo laboral con la demandante y señaló que no existe ningún saldo a su favor causado legal o extralegalmente. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que los acuerdos pactados por las partes establecieron claramente que las bonificaciones son emolumentos no constitutivos de salario, como lo autoriza el artículo 128 del CST. Afirma que la bonificación *por recaudo efectivo de cartera de cobro jurídico* no remunera directamente el servicio pues surgía de la gestión adelantada por abogados litigantes, y que el Banco obró conforme a derecho sin que se pueda predicar ineficacia de los acuerdos o insinuar que lo recibido tiene carácter de salario. Propuso como excepciones *falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, cosa*

juzgada, cobro de lo no debido y la genérica (ver contestación de demanda folios 582 a 594 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de marzo de 2021 de dos mil veintiuno (2021), mediante la cual declaró que las bonificaciones recibidas por la demandante desde el año 2005 son factores salariales, declaró ineficaz el pacto de exclusión salarial, y condenó a la demandada a la reliquidación de prestaciones sociales legales y extralegales. Para tomar su decisión señaló que las pruebas aportadas demostraron que dichos pagos están asociados directamente a la gestión que realizaba la actora en su trabajo personal y con los abogados externos del banco dadas las funciones de seguimiento que debía cumplir para aumentar la productividad en los procesos ejecutivos e hipotecarios. Declaró probada la prescripción de las acreencias anteriores al 11 de febrero de 2015 por una reclamación realizada el 12 de febrero de 2018, salvo la reliquidación de las cesantías. Negó el pago de indemnización moratoria con base en que el contrato de trabajo no ha terminado, y ordenó la indexación de las condenas.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *RESUELVE: "PRIMERO: DECLARAR la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, que aún subsiste, entre EL BANCO POPULAR S.A., y SANDRA LUCENA MALDONADO VELÁSQUEZ., el cual tuvo inicio el 1º de diciembre de 1991 y del cual no se presentó controversia alguna. SEGUNDO: DECLARAR que las bonificaciones recibidas por la demandante desde el año 2005 denominadas bonificaciones de recaudo y gestión procesal son en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas son salarios, por tanto, se declara ineficaz la cláusula que a ellas la regulan. Así como también se declarará como verdadero salario, en virtud del mismo principio, la bonificación que recibe desde el 2016 la demandante que asciende a la suma de \$411.000 pesos, por ende, también se declara ineficaz, el otro si, suscrito en septiembre de 2016. TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR al BANCO POPULAR S.A., al reconocimiento y pago a favor de SANDRA*

LUCENA MALDONADO VELÁSQUEZ de las siguientes sumas de dinero: 2. Diferencia Cesantías la suma de \$22.563.535 3. Diferencia Intereses a las cesantías la suma de \$629.290 3. Diferencia Prima legal convencional la suma de \$15.732.239 4. Diferencia prima extralegal convencional la suma de \$7.866.119 5. Vacaciones la suma de \$3.775.874 6. Prima de vacaciones convencional la suma de \$12.334.5237. Diferencia prima de antigüedad convencional la suma de \$10.598.841. Los valores que deberán ser indexados a la fecha de su pago efectivo, con base en el IPC certificado por el DANE. 8. Condenar al pago de la diferencia de los aportes al sistema integral de seguridad social en pensiones desde diciembre de 2005, con un índice de base de cotización indicado en el acápite respectivo. CUARTO: CONDENAR a la demandada BANCO POPULAR S.A., al pago de las prestaciones sociales legales y convencionales a que tenga derecho la actora cuando sea el momento de su liquidación en el año 2021 y durante el tiempo que se le continúe cancelando la bonificación que se le definió desde el 22 de septiembre de 2016 y que en esta sentencia se declaró como salario. QUINTO: CONDENAR al BANCO POPULAR S.A., al pago de las costas a favor de la demandante, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.983.000. SEXTO: ABSOLVER al demandado BANCO POPULAR S.A., de las demás pretensiones incoadas por SANDRA LUCENA MALDONADO VELASQUEZ. SEPTIMO: DECLARAR parcialmente probadas las excepciones de prescripción propuestas por la demandada y declarar no probadas todas las demás". (Audio 3 Min 06:03 Expediente digital). - Anexaron tablas de valores y salarios-

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la entidad demandada pide que se revoque. Afirma que los pactos de exclusión salarial suscritos en septiembre y octubre de 2005 y en septiembre de 2016, tienen plena validez pues fueron acordados por las partes, una de ellas abogada, y obedecen a la posibilidad que regula el artículo 128 del CST, pues dichas bonificaciones se pagaban por mera liberalidad. Subsidiariamente señala que en caso de

encontrar que las bonificaciones son factor salarial se revise de donde salieron los valores que reconoció la sentencia, y pide que se ordene que los aportes a seguridad social los asuma también la demandante en forma proporcional¹ (Min 7: 07).

¹ *Muchas gracias señora Juez, le manifiesto que el Banco Popular interpone recurso de apelación en contra de la decisión, en donde se ordena desde el numeral segundo, a qué, a declarar las bonificaciones recibidas por la demandante del año 2005 bonificaciones de recaudo de cartera y gestión procesal que son salarios e igualmente y por ende que se predica sobre esa cláusula su ineficaz, su ineficacia e igualmente, con ese mismo entendido se declara la ineficacia del acuerdo suscrito el 22 de septiembre de 2016, para determinar Qué son salarios, tales, tales bonificación, en el numeral tercero se ordenó la reliquidación de las cesantías, de los intereses, de las primas legal, convencional, de vacaciones, las vacaciones la prima de antigüedad y se ordena la indexación de esas sumas, Igualmente se ordena el pago de aportes a seguridad social desde el año 2005 a 2021 se condena en costas y se declara parcialmente la excepción de prescripción, un fallo complementario se indica que los aportes a seguridad social se establecen por ley 90,99 por la ley 50 del 99 que se ordena pagar los aportes a seguridad social por ser el Banco Popular, según criterio del juzgado un empleador omiso y Por ende que le corresponde asumir la, esa obligación para expresar las razones de inconformidad debo señora Juez expresar que no es posible que la justicia laboral ordinaria, sin fundamento alguno hubiese declarado que los acuerdos suscritos con la demandante en octubre de 2005 y en septiembre de 2006 están viciados y que esa situación implica que se declaren ineficaces y que ese pacto de exclusión salarial implica que se deben reliquidar las prestaciones sociales, conforme se indicó, no obstante, para llegar a esa equivocada conclusión se hace uso entre otros del principio de la realidad, desconociendo totalmente ese valor constitucional, puesto que aquí la realidad efectivamente es otra y no la que determinó el juzgado, aquí la realidad es que las partes estuvieron atadas por un acuerdo debidamente suscrito con una profesional del derecho que ese es el carácter o la formación profesional que tiene la demandante frente a unas bonificaciones que no eran constitutivas de salario, sin embargo, se indicó entre otras guías jurisprudenciales que efectivamente ha transmitido esas enseñanzas, que han sido transmitidas por la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, el juzgado les ofrece una total, una inteligencia que no le corresponde y distorsiona sus efectos y ello es así porque esas decisiones han verificado en los procesos en los que se han, han transmitido esas decisiones que los supuestos fácticos y el contorno que se discutió en ese tipo de procesos es otro y es totalmente diferente al que se controvierte en este proceso, sin embargo, señora Juez resulta importante señalar que dentro de la sentencia SL 1798 de 2018 se indicó que efectivamente había una regla general y que esa regla general indicaba que todo lo que recibe el trabajador es salario, salvo que, y la misma corte expresa 5 razones dentro de las cuales la primera, las prestaciones sociales, dos aquellos pagos que se le dan a los trabajadores para que ejerzan a cabalidad sus funciones, tres aquellas remuneraciones que se dan de manera de manera ocasional y por mera liberalidad del empleador, ojo, por mera liberalidad en empleador, cuatro las disposiciones que por regla no son salarios y quinto los beneficios acordados expresamente por las partes como no salarial, nótese que allí la misma Corte señala tres, señala dos eventos que se encuentran determinados en el proceso materia de reproche, que es el numeral tercero, que son aquellas bonificaciones ocasionales y por mera liberalidad del empleador y el quinto qué son los beneficios no constitutivos del salario, debidamente acordado por las partes, esa es la autonomía contractual que en este proceso se señaló, de modo que no es cierto y tampoco puede predicarse que se genera una ineficacia en esos pactos de exclusión salarial que las partes acordaron, si en el 2005 y en el 2016, pero si ello no es suficiente para verificar esa naturaleza jurídica, sorprende que la señora Juez hubiese dicho que las guías judiciales a las que recurrió en las que la Corte ha enseñado cómo se debe explorar esa naturaleza jurídica, hubiese omitido que efectivamente el banco si verificó, en el proceso, primero las, los requisitos esenciales para que surja esa naturaleza jurídica, es decir, el pacto escrito, una situación solemne que está en el proceso y que reconoció la demandante sin embargo se considera que es ineficaz; dos que efectivamente el banco indicó cuál era el propósito de esa*

bonificación y el propósito de esa bonificación inicialmente fue el control, la auditoría, la minimización de el efecto en el tiempo de los procesos y la posibilidad de que la demandante estuviese muy atenta de esos terceros abogados que llevaban la cartera, pero eso no es una gestión directa eso es simple y llanamente el ejercicio de su cargo y de sus funciones para la remuneración que el banco le otorgó, pero el banco le ofreció una bonificación no constitutiva de salario y por mera liberalidad de modo que si se probó cuál era el propósito de ese mejor, de esa suma ofrecida a la trabajadora, además también tiene que ver, que tenerse en cuenta que la demandante aceptó que suscribió esos contratos, que suscribió esos acuerdos, luego no es posible que de tajo se indique en el proceso que esa bonificación tenía el carácter de salario y que lo que se quiso aquí fue desconocer la ley, las guías judiciales y el propósito, siendo que si nos centramos en la sentencia SL 1798 de 2018 superamos la regla general y entramos en las excepciones que la misma Corte ha señalado y dentro de esas excepciones la del numeral tercero y la del numeral quinto se acomodan perfectamente, recuerde señora Juez que la enseñanza jurisprudencial es una guía para la actividad judicial, de modo que si nos, de modo que si el soporte de la sentencia, es esa guía judicial no se entiende el motivo por el cual se desconocen los numerales tercero y quinto de esa guía judicial, siendo que es soporte de la sentencia, además si usted es muy acuciosamente verificó las funciones del cargo de la demandante y tuvo por y tuvo por entendido que efectivamente esas comisiones o esas, el recaudo de cartera y los etapas procesales era la que generaba la bonificación no constitutiva de salario claro ese era el propósito de la bonificación, además señora juez, usted bien lo dijo en la sentencia que era por unas actividades procesales, luego un auto cabeza de proceso, en un proceso ejecutivo mandamiento de pago que se le ofrecía como bonificación a la demandante es una sola providencia es decir una sola vez, una única vez, lo mismo sucede con la liquidación del crédito, lo mismo sucede con la audiencia, con la contestación de la demanda o la oposición al ejecutivo con las excepciones propuestas y con las pruebas, son una sola providencia en este en este tipo de procesos, es decir por una sola vez, incluso me atrevo a expresar que esa situación así no se hubiese regulado en documento escrito como es ocasional, transitoria y no es permanente, que se había podido remunerar sin necesidad de pacto escrito, no obstante, el banco si fue muy cuidadoso en determinar a través de pacto escrito que era lo que estaba señalando, además quedó demostrado en el proceso, que el propósito de esas bonificaciones era porque la demandante debía supervisar, controlar, optimizar, minimizar la duración de los procesos pero usted los procesos estaban a cargo de terceras personas, razón por la cual sí existe en el proceso soporte que verifica que efectivamente había una intención, un objetivo y que no es caprichoso del Banco Popular haber señalado unas bonificaciones no constitutivas de salario y de mera liberalidad, cómo se hizo en el en el documento del 12, del 22 de septiembre de 2016, por ende el banco si demostró en el proceso el objetivo de esa, el objetivo o la intención de esos pactos de exclusión salarial y desde luego siguió la solemnidad exigida por la ley, por ende no es cierto que no se hubiesen, que no se hubiese demostrado en el proceso los requisitos o los fundamentos o la esencia para tener como bonificaciones no constitutivas de salario esa suma y en la forma como lo estableció la, lo establecen las decisiones judiciales, sorprende igualmente señora Juez que se declare la ineficacia el documento del 22 de septiembre de 2016 suscrito por la demandante, porque allí las partes en virtud de la autocomposición de la libertad contractual, del respeto que le da la ley laboral a los sujetos de la relación laboral, se Indicó que a partir del primero de octubre de 2016 las partes acuerdan dejar sin efecto la cláusula adicional al contrato de trabajo, firmada el 14 de septiembre de 2005 y en su lugar le adicionan los siguiente, a partir del primero de octubre de 2016 el Banco Popular reconocerá al trabajador por mera liberalidad, óigase bien una bonificación no constitutiva de salario por la suma de \$411.000 pesos mensuales hasta que el banco notifique lo contrario, ese escrito fue dado en Bogotá del 22, el 22 de septiembre de 2016 y se encuentra suscrita por la señora demandante quien tiene su condición de abogado y aun así, sin ninguna variable que se considere intervención en cada proceso, intervención en cada recuperación de cartera se considera por el juzgado que aún sigue teniendo una naturaleza jurídica salarial, es decir, que el juzgado se contradice conforme lo expresó la sentencia de la Corte la SL 1798 de 2018 en el numeral tercero sobre aquellas sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad, mera liberalidad le pueda reconocer el empleador al trabajador y además y además se lleva por la borda el numeral quinto en donde efectivamente las partes pueden pactar, esa es la libertad contractual, en Colombia no existe obligaciones irredimibles, en Colombia los sujetos de una relación laboral deben únicamente respetar los límites o las principios básicos o las

prestaciones mínimas que la ley laboral le otorga a los trabajadores, en el presente proceso no se trata derechos mínimos, en el presente proceso se trata de respetar la facultad que tienen las partes para otorgarle o darle una guía o una carta de navegación a la relación contractual que las partes emprenden, no es posible que hoy se indique que las partes no están facultadas a verificar o a pactar acuerdos de exclusión salarial, como en forma totalmente equivocada y con todo respeto lo consideró la señora Juez en este informativo, si bien las actividades de la demandante, en el sentido que debía planear, dirigir, controlar, verificar que se siguieran en debida forma todo un trámite procesal a cargo de otros terceros, pues es una actividad de la propia naturaleza del cargo de asesora de casa matriz que ella tenía, luego no es posible considerar que por el hecho de que el banco le otorgó en el 2016, en el 2016 en septiembre 2016 por un acuerdo que suscribieron las partes donde dejarán sin efecto todo lo anterior, que ahora se considere que ese pacto también es no es posible suscribirlo y que el Juez intervenga sin razón alguna en una, en una situación que sólo es del resorte exclusivo de las partes del contrato, puesto que señora Juez usted declara la ineficacia del documento del 22 de septiembre, del contenido del documento del 22 de septiembre de 2016 donde el banco por mera liberalidad a una suma de \$ 411.000 pesos sin ninguna variable que indique prestación o prestación directa del servicio de la demandante, porque aquí bien lo dijo el banco y hasta que el banco determine lo contrario, y aun así, entonces el Juez Laboral hoy nos ordena que ese pacto debe tenerse como salario, no los pactos en derecho laboral incluso deben respetarlos los jueces de la República, puesto que esa es una circunstancia o un hecho que sólo es del resorte de los demandantes, allí no hay contraprestación directa, nótese señora Juez que se dijo que las partes modificaban los acuerdos de octubre de 2005 lo dejaban sin efecto y que a partir de esa fecha del primero de octubre de 2016 el banco únicamente otorgaría una bonificación no constitutiva de salario y no dijo cartera, no dijo avances de procesos, nada se mencionó allí y esa es la libertad de las partes, de modo que no es cierto que allí también se hubiese dicho que esa bonificación era por prestación efectiva del servicio, concluyó la señora Juez en que la bonificación retribuye una labor conjunta con los abogados, no, no allí y lo que se expresó era que efectivamente en las funciones de controlar, de planificar, de verificar, de optimizar, de fiscalizar se daba una bonificación no constitutiva de salario y está debidamente suscrita y en el 2016 se modificó y no tiene ninguna variable que implique ejercicio alguno de la demandante con relación a eso, de modo que esa situación es cierta, el representante legal si viene en una de sus preguntas dijo que sí, que era cierto que con los 411 se remuneraba el servicio, me parece que fue lapsus calami que tuvo puesto que sí en la segunda, en la pregunta posterior se refiere nuevamente el señor apoderado así esa bonificación era constitutiva o no de que si el banco había certificado dijo que sí, que lo había certificado pero que eso era una bonificación no constitutiva de servicio, luego salta a la vista el lapsus calami que tuvo el representante legal del banco al ofrecer que si era cierto que se le pagaba, puesto que en todas las preguntas que el absolvió Indicó que era una bonificación no constitutiva de servicio y con relación al testigo que fue jefe de la demandante hasta el año 2015, el testigo dijo que en algunas oportunidades la demandante viajaba, en algunas, luego no quiere decir que el juzgado tenga como criterio que eso no era una bonificación de traslado porque es que él dijo si mal no estoy que, en alguna ocasión había ido a Neiva por qué todos sus procesos o todos los abogados que ya controlaba estaban en Neiva, de modo que allí no se señaló, ni que era meta, ni que era bonificación, esa cláusula tenía el propósito cómo se indicó y cómo lo diseñó la Corte era que ofrecer la información para que se tenga a ciencia cierta qué, cuál fue el propósito, cuál fue el objetivo de la cláusula para llevarla al papel y eso quedó debidamente demostrado en el proceso, en consecuencia no son, ni las cláusulas de octubre de 2005, ni la cláusula o la o el acuerdo del 22 de septiembre de 2016 no pueden correr la misma suerte, es decir, la ineficacia puesto que quedó debidamente demostrado que no existe condición salarial de esa suma otorgada al trabajador, se discute igualmente que el juzgado después de haberle ofrecido una comprensión que no corresponde a la presente controversia, hubiese considerado que procedían reliquidaciones de salario y esas reliquidaciones de salario desafortunadamente tampoco se nos puso de presente, ni antes de la audiencia, ni en la audiencia cuáles eran los ejercicios o las operaciones matemáticas que llegó el juzgado para llegar a esa consideración luego se empezó a indicar, que procedían una reliquidaciones, con unos valores, no sabemos cuáles valores y que se adeudaban unas diferencias, de modo que en el evento puramente subsidiario que el Tribunal considere que las cláusulas, que la ineficacia puede recaer sobre esas cláusulas de octubre de 2005 y la de septiembre de 2016 se discute igualmente la

reliquidación, puesto que no conocimos de dónde salieron esos datos, importante señora Juez también y que el Tribunal debe tener en cuenta, que las convenciones colectivas de trabajo como usted lo señaló en el fallo no contemplaban las bonificaciones jurídicas, claro, la convención colectiva de trabajo no puede regular todos los aspectos que se pueden presentar en una relación de trabajo y es por ello que los empleadores en Colombia pueden recurrir a las facultades establecidas en la ley en especial en el artículo 50, de la ley 90 de 1900, de la ley 50 de 1990 que modificó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo para señalar por escrito bonificaciones o algunos eventos que pueden ser no constitutivos de salario, recuérdese señora Juez que también lo ha dicho la jurisprudencia que lo expresado en el artículo 128 no es meramente, no es taxativo es meramente enunciativo y esa deducción también se puede, a esa deducción se llega cuando al leer el artículo se dice tales como, es decir, que el legislador únicamente propone unos eventos pero los empleadores o las partes pueden señalar cuáles son los beneficios no constitutivos del salario o cómo pueden denominar esos beneficios no constitutivos de salario, en consecuencia se discute el auxilio de cesantía, que a nuestro juicio está prescrito, si en el evento subsidiario se llegase a eso y se discute la liquidación o de dónde salieron esos valores, esa predica de inconformidad con el auxilio de cesantía, con las primas legales, con las primas extraconvencionales, con las primas de vacaciones, con las vacaciones y con la prima de antigüedad puesto que no conocimos los valores de dónde salían esas diferencias, con relación a la prima de antigüedad no se indica en el proceso cual fue el periodo que se remuneró, no se expresó cuál fue el criterio que se estaba reliquidando, de modo que esa pretensión también tiene que desvanecerse de la sentencia, en relación a los aportes a seguridad social debo indicar señora Juez que en la demanda que se le notificó al Banco Popular en ninguno de sus acápite se indicó la solicitud de reliquidación de los aportes a seguridad social además la demanda que se notificó, únicamente tiene una subsanación de demanda, en relación con unos hechos más no en pretensión y de las pretensiones que allí aparecen no está ninguna relacionada con seguridad social, sin embargo, no es posible esa situación implica que se viola el debido proceso y el derecho de defensa al Banco Popular, puesto que esa situación tampoco estuvo discutida en el proceso, como para que el Juez en ejercicio de sus facultades Ultra y extra petita hubiese llegado a esa conclusión de modo que no es posible tampoco que se haga la prédica que se indicó en la sentencia complementaria, en que el Banco Popular es un empleador omiso, en ningún momento Banco Popular no tiene esa condición y no ha tenido, ni tendrá esa condición en el país, razón por la cual, también se discute esa y se manifiesta de esa inconformidad para que el honorable Tribunal revoque esa decisión, igualmente se discute que a pesar de la distribución, que tiene establecida la ley 100 de 1993, para el régimen de pensiones modificado por la ley, con algunas modificaciones que tuvo la ley 797 de 2003 en cuanto a la distribución de los aportes a seguridad social en pensiones, no se hubiese indicado tampoco que la demandante tiene que contribuir con el sistema de seguridad social, que en ningún momento, ni en ningún hecho de la demanda se indicó que el Banco Popular había sido un empresario omiso y mucho menos se solicitó que en el evento en que se llegase a predicar alguna ineficacia, de las cláusulas que se, que se deban reliquidar esos aportes y mucho menos que el Banco Popular deba asumir, ahora bien señora Juez se discuten el fallo puesto que la declaratoria de ineficacia, que aun cuando no se afecta, únicamente la conoce el Banco Popular en el día de hoy, es decir, marzo 16, marzo 18 de 2021, luego esa declaratoria de nulidad no puede tener efectos retroactivos puesto que es que ni la ley tiene efectos retroactivos de modo que, se caen por su propio peso, todas las decisiones reliquidatorias que también se hicieron en este proceso, se cae la indexación de las sumas que se realizaron en este proceso y ello es así, puesto que en ningún momento se indicó que el Banco Popular, perdón y ello es así, puesto que hasta hoy para el Banco Popular las cláusulas tenían plena efectividad, es más señora Juez la misma demandante con su demanda anunció que en Octubre de 2005 y en septiembre de 2016 se había suscrito unos, unos documentos de modo que la ineficacia de esas cláusulas sólo opera a partir de hoy y eso y en el evento puramente teórico el Tribunal llegase a confirmar, corrijo sólo se tendría la ineficacia a partir de la ejecutoria de la decisión judicial, en consecuencia tampoco tendrá efecto retroactivo todas las sentencias puesto que hoy 18 de marzo de 2021 es que hay un pronunciamiento judicial de ese tercero que interviene entre las partes para dirimir el conflicto que se presenta entre los sujetos de esta relación laboral, en consecuencia, si la ineficacia es a partir de hoy o a partir de la ejecutoria de la sentencia mal puede predicarse, efectos anteriores, reitero ni la misma ley tiene efecto retroactivo en derecho laboral, mucho menos

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión en la alzada, los siguientes hechos relevantes a la controversia que debe resolver el Tribunal: i) que entre las partes se ejecuta un contrato de trabajo de término indefinido desde el 5 de diciembre de 1991; ii) que la demandante ocupa el cargo de *- jefe de división casa matriz-* y es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo; y (iii) que las partes acordaron la exclusión salarial de los pagos recibidos como *bonificaciones de recaudo y gestión procesal* y la *bonificación* acordada en \$411.000 mensuales.

En consonancia con la materia que se propuso como objeto de apelación, el Tribunal debe definir la validez de los pactos de exclusión salarial acordados por las partes.

Para ese efecto debe precisar que si bien el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autorizó la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, dicha posibilidad solo cabe frente a una *duda razonable* sobre la naturaleza salarial de los pagos que se pretendan excluir.

puede tener efecto retroactivo la decisión judicial que hoy discuto, por lo tanto señora Juez le solicito al honorable tribunal de Distrito Judicial de Bogotá que revoque la decisión que se discute en la que se ordenó la ineficacia de las bonificaciones, la ineficacia de los documentos que contenían los pactos de exclusión salarial suscritos en septiembre de 2005, en octubre de 2005 y en septiembre de 2016; dos que revoque las decisiones condenatorias en relación con la reliquidación de las prestaciones sociales; tres que revoque de las prestaciones sociales incluidas la indexación y los aportes a seguridad social y por ende que revoque el numeral séptimo en donde se desarrolló parcialmente probadas las excepciones para indicar que el Banco Popular demostró los medios de defensa, en el evento subsidiario que el Tribunal considere que se debe confirmar la declaratoria de ineficacia de las cláusulas de pago, o los pactos de exclusión salarial se le solicita a esa corporación, uno se modifique la decisión en cuanto el efecto retroactivo de la ineficacia, puesto que sólo hasta que el Juez laboral dirimió la controversia esas cláusulas perdieron el apoyo jurídico, en consecuencia que no se puede ordenar reliquidación retroactiva, si en el evento en que el Tribunal considere que la ineficacia tiene efectos retroactivos deberá revisar y reliquidar las órdenes de condena, puesto que la parte demandada no tuvo la oportunidad de saber cuál fue el ejercicio matemático que ahí hizo, igualmente deberá ordenar que los aportes a seguridad social los debe asumir la demandante en forma proporcional, en forma proporcional y en ningún momento considerar al Banco Popular como un empleador omiso, en los términos anteriores señora Juez dejó sustentado el recurso de apelación y le solicitó al honorable Tribunal en principio revocar en su totalidad la sentencia y en el evento subsidiario modificarla para indicar que la ineficacia no tiene efectos retroactivos y para que se reliquiden en debida forma las decisiones de condena. Muchas gracias señora Juez

El pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales a pagos que tengan claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y sería ineficaz, por mandato de los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST.

Sobre esta materia, además, en la sentencia C-710 de 1996 la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene efectos de cosa juzgada Constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces, al decir: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*. Advirtió la Corte más adelante en la sentencia referida, que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, *“Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”*.

Así las cosas, para decidir controversias como la que se estudia y en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del CST que permite la conciliación o transacción de derechos laborales cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el juez laboral NO PODRÁ otorgar validez al pacto de exclusión salarial que verse sobre pagos que tengan de forma *cierta e indiscutible* naturaleza salarial. A contrario sensu, una duda *razonable* sobre la naturaleza salarial del pago (es decir, sobre el carácter retributivo, o sobre su habitualidad,

o si constituye o no un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador), habilitará la *transacción* o el pacto mediante el cual las partes zanján controversias futuras acordando su exclusión.

Con este criterio, y una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente no encuentra la Sala que exista una *duda razonable* sobre su naturaleza salarial de los pagos que la demandada excluyó de la base de liquidación de prestaciones sociales de SANDRA LUCENA MALDONADO VELÁZQUEZ, pues resultan evidente que dichos pagos tenían las tres características que el artículo 127 del CST define para el salario a saber: carácter retributivo, constituir un ingreso personal del trabajador, y periodicidad.

Las pruebas aportadas demuestran que lo recibido por la demandante como *bonificaciones de recaudo gestión procesal* y la *bonificación* acordada en \$411.000 mensuales, tenían como causa directa la prestación del servicio, pues si bien la primera se derivaba de las actividades de recaudo que hacían abogados externos lo cierto es que la demandante era quien controlaba y hacía el seguimiento a esas gestiones por lo cual retribuían directamente sus servicios –primera característica del salario-; además, los pagos se hacían de forma periódica y habitual –segunda característica-; y la trabajadora podía destinar libremente las sumas que recibía, por lo cual constituían un ingreso personal en su patrimonio, por oposición a los pagos que reciba el trabajador no para su beneficio personal sino para atender debidamente las funciones encomendadas por su empleador como los gastos de representación -tercera característica del salario-. Igual connotación cabe sobre la bonificación de \$411.000 sobre la cual ni siquiera se demostró por la demandada que tuviera origen o causa diferente a las nuevas actividades que encomendó a la demandante en ejecución de su contrato de trabajo².

² De las comunicaciones de folios 241, 242 y 624 se deduce que el pago de la bonificación de \$411.000 mensuales tuvo origen en su ascenso al cargo de Jefe de División Casa Matriz adscrito a la Gerencia Nacional de Cobranzas, por el cual le comunicaron que a partir del 1 de octubre de 2016 dejarían sin efectos la cláusula adicional al contrato firmada el 14 de septiembre de 2005 y en su lugar se reconocería *por mera liberalidad* una bonificación no constitutiva

Así lo declararon el representante legal de la demandada (Audio 2 Minuto 4:28) quien reconoció que las bonificaciones se entregaban como pago por los servicios y se obtenían del cumplimiento de metas mensuales y del recaudo efectivo de cartera; y JAIME ALBERTO ARCE SALGADO –Director de Operaciones de Cobro- (Audio 2 Minuto 48:59) quien aceptó que *“la bonificación pagada en el año 2005 se pagaba por los procesos ejecutivos hipotecarios que revisaban los abogados a cargo de la actora, las labores que realizaban los abogados en todos los ejecutivos hipotecarios que cursaban en los juzgados, recaudos de cartera, gestiones procesales”* e indicó que la demandante era quien vigilaba y asesoraba a los abogados sobre los procedimientos jurídicos, indicando que sobre los *“avances procesales y recaudo”* ella ganaba la bonificación y que participaba en *“ferias de cobro”* con ofertas a los clientes para aumentaran dichos recaudos. No sobra indicar que el manual de funciones del cargo que ocupaba la actora en el año 2005 (folios 223 a 227 y 230 a 234, 236 a 240, 602 a 614) le asigna entre las funciones específicas de su contrato de trabajo, el seguimiento de los procesos y la vigilancia de las actuaciones de los abogados³.

La habitualidad de los pagos se obtiene claramente de los comprobantes de nómina de folios 246 a 332, 333 a 507.

de salario por \$411.000, a la que denominaron en los desprendibles de nómina *Bonificación Jurídica*.

³ *FUNCIONES ESPECÍFICAS COMO ASESOR “planear, dirigir y controlar el trabajo de los abogados externos a cargo, basado en las herramientas que suministra el sistema GRAFO, como son el servicio de fijación y control de metas, desviaciones de tiempos esperados, saldos de cartera” (...) “verificar que los abogados externos presenten los informes o planillas establecidos sobre el estado de los procesos y que se practiquen en debida forma todas y cada una de las medidas cautelares sobre bienes de los deudores” “Revisar de acuerdo con la información obtenida de los abogados y dependientes el estado de los procesos con el fin de evaluar las actuaciones, verificar aspectos como secuestro de bienes, conciliaciones etc., y efectuar recomendaciones a que hubiere lugar”.*

En las circunstancias que demuestra el expediente, los pactos que pretendieron excluir las *bonificaciones* de la base de liquidación de prestaciones sociales y otros derechos laborales (folios 218 a 220 y 241 a 242) eran ineficaces, razón suficiente para confirmar la sentencia apelada que dispuso la reliquidación de los derechos laborales y convencionales no prescritos, advirtiendo que carece de sustentación la inconformidad que plantea el recurrente sobre el valor de las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia, pues ningún argumento planteó sobre las bases de liquidación o sobre las operaciones aritméticas que efectuó esa instancia para llegar a las conclusiones que anunció. En la audiencia de fallo la Juez indicó a los apoderados que anexaría las tablas con las operaciones realizadas con lo cual permitió a ambas partes la solicitud de eventuales adiciones, aclaraciones o correcciones de los errores aritméticos en que pudiera haber incurrido, siendo ese el momento y el escenario procesal adecuados para controvertir las liquidaciones efectuadas en primera instancia.

En el mismo sentido fue acertada la decisión de primera instancia que ordenó a la demandada asumir el ajuste en los aportes a seguridad social en pensiones con el salario base determinado en la sentencia, pues el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 autoriza al empleador a “*descontar del salario de cada afiliado el valor de los aportes que le corresponden al momento de su pago*”, y establece claramente frente a eventuales omisiones que debe responder “*por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador*”. En el caso bajo estudio resulta claro que el empleador no descontó el valor de los aportes cuando efectuó el pago de los salarios que correspondían a la trabajadora, y ese era momento oportuno dispuesto en la Ley para el efecto.

Costas en segunda instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

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

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