



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 001-2018-00704-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de Dos Mil Veintidós (2022)

DEMANDANTE: JOSE RAÚL GARCÍA HUERTAS
DEMANDADOS: ECOPETROL S.A.
ASUNTO : RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 01° Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante y demandada, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 09 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JOSE RAÚL GARCÍA HUERTAS, instauró demanda ordinaria laboral contra ECOPETROL S.A., con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 2-34):

PARTE CONDENATORIA:

- 1) DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo con la compañía accionada y que actualmente desempeña el cargo de Metalmecánico E11.

- 2) **DECLARAR** que padece de una **INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL**.
- 3) **DECLARAR** que actualmente está calificado como trabajador invalido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander.
- 4) **DECLARAR** que es beneficiario del **LAUDO ARBITRAL** de fecha 9 de diciembre de 2003, con el cual se resolvió el conflicto laboral entre ECOPETROL y la UNION SINDICAL OBRERA USO.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

- 5) **CONDENAR** a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de que trata el LAUDO ARBITRAL del 9 de diciembre de 2003, cuyo monto corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, sin consideración a la edad.
- 6) **CONDENAR** a la pasiva a reconocer y pagar las mesadas pensionales, causadas desde el 23 de enero de 2013, fecha de estructuración de la INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL, debidamente indexadas.
- 7) **CONDENAR** al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T, por el incumplimiento en el reconocimiento de la pensión de invalidez.
- 8) Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

ECOPETROL S.A., dio contestación a la demanda, tal como se evidencia del escrito que obra de folio 568 a 572, así como del auto proferido el 04 de noviembre de 2020, por el Juzgado 01° Laboral del Circuito de Bogotá (folio 543).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 1° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de febrero de 2021, **DECLARÓ** probada la excepción de fondo denominada Inexistencia de la obligación. **ABSOLVIÓ** a ECOPETROL S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda y **CONDENÓ** en costas al señor demandante José Raúl García Huertas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia:

RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE INVALIDEZ: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, se acceda a las pretensiones solicitadas en el escrito de demanda, aduciendo en síntesis que al A-quo interpretó de manera errada el Acto Legislativo 01 de 2005, en la medida que el mismo solo se refirió a las pensiones de vejez, mas no invalidez y de sobrevivencia, al estipular que los requisitos y beneficios para adquirir estas ultimas prestaciones serian aquellos establecidos por las leyes del sistema general de pensional. Además agregó que el mismo representante legal de la entidad convocada a juicio en el interrogatorio expresó que, si bien el Acto Legislativo en mención eliminó el régimen exceptuado en materia pensional, no así las prerrogativas previstas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 en materia de riesgos laborales y salud.

Preciso que, no se dio aplicación a lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, en cuanto al aseguramiento de pensiones para garantizar los derechos de los trabajadores, más cuando no existe prueba de afiliación a algún régimen pensional.

Afirmó que el Acto Legislativo 01 de 2005, no finiquitó para el 31 de julio de 2010, los regímenes exceptuados y menos la pensión de invalidez, más cuando los precedentes jurisprudenciales citados por el Juzgado de origen, hacen referencia a la pensión de vejez, sin que exista pronunciamiento alguno frente al beneficio pensional solicitado. Finalmente indicó que se deben valorar las pruebas desde la sana crítica, así como el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la accionada.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACITO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por el señor JOSE RAÚL GARCÍA HUERTAS en el libelo introductorio al haber cumplido los requisitos para su causación.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Sea lo primero señalar que no existe controversia respecto de la vinculación del

demandante al servicio de ECOPETROL S.A., desde el 21 de enero de 1982 hasta la actualidad, desempeñando como último cargo el de METALMECANICO E11 (folio 37-38)

Tampoco existe discusión que, ECOPETROL S.A. mediante dictamen proferido el 28 de agosto de 2013, estableció que las patologías padecida por el demandante, eran de origen común y le generaban una pérdida de la capacidad laboral del 66%, con fecha de estructuración el 23 de enero de 2013 (folio 43-46), que ante la inconformidad del actor, las diligencias fueron remitidas a la Junta Regional de Santander, que determinó un 64,71% de pérdida de capacidad laboral, que las enfermedades eran de origen común y con fecha de estructuración el 11 de noviembre de 2016 (folio 52)

ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PRESTACIONAL AL DEMANDANTE:

En el presente asunto pretende el demandante el reconocimiento y pago por parte de la enjuiciada una pensión extralegal, cuya fuente es el Laudo arbitral suscrito el 9 de diciembre de 2003, así como el artículo 112 de la Convención Colectiva celebrada para la vigencia 2009-2014 y artículo 109 de la convención 2014-2018, suscrita entre la empresa accionada y la organización sindical.

Así las cosas, tenemos que folio 95 obra el laudo arbitral suscrito el 9 de diciembre de 2003, a través del cual se resolvió el conflicto colectivo de trabajo surgido por la denuncia parcial de la Convención Colectiva vigente, en cuyo numeral 15 se estableció lo siguiente:

"En adelante, a partir de la ejecutoria del presente Laudo Arbitral, el sistema de pensiones previsto en la convención colectiva de trabajo en los artículos 109, parágrafos 1°, 2° y 3°, 110, 111, 112 con sus dos parágrafos que hacen parte del Capítulo XIII-Primas y Prestaciones Extralegales, única y exclusivamente se aplicará a los trabajadores de ECOPETROL actualmente vinculados con contrato de trabajo y que se benefician de la convención, quienes mantendrán el régimen convencional existente con sus condiciones y prerrogativas para continuar accedido (sic) a la pensión de jubilación o vejez en los términos en ella previstos."

En este orden, atendiendo lo expuesto precedentemente nótese que al inicio del Laudo Arbitral, se precisó: *"El presente Laudo Arbitral resuelve el conflicto colectivo de trabajo surgido por la denuncia parcial de la convención colectiva de trabajo vigente que hiciera la organización sindical (USO) ante el Inspector Regional"*. Seguidamente en su numeral 15, el cual fue transcrito en líneas anteriores, enunció que a partir de la ejecutoria del laudo arbitral, el sistema de pensiones previsto en la convención de trabajo, señalando el artículo 109 y párrafos, única y exclusivamente se aplicaría a los trabajadores de ECOPETROL que estuviesen vinculados con contrato de trabajo y que se beneficien de la convención, sin embargo, no se allegó la convención colectiva que se encontraba vigente, para esa calenda-diciembre de 2003- a fin de determinar si el actor era beneficiario del sistema de pensiones previsto en el acuerdo colectivo, por lo que no se puede pregonar como fuente del derecho, el laudo arbitral.

A pesar de lo anterior, se incorporó convención colectiva con vigencia del periodo 2009 – 2014, con depósito del 11 de septiembre de 2009, cumpliendo con lo establecido en el Art. 469 del CST, acuerdo que previo en su artículo 112 lo siguiente (folio 355):

"Los trabajadores de la Empresa que hayan laborado para ésta en forma continua o discontinua durante cuatro (4) años o más y padezcan de una incapacidad permanente total, o de gran invalidez, sea cual fuere el origen de dicha incapacidad, tendrán derecho a disfrutar de una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, proporcional al tiempo servido y sin consideración a la edad, de conformidad con el Decreto 807 de 1994."

Luego entonces, resulta importante precisar en primera medida que, el Art. 112 en mención, establece para la causación del derecho pensional por *jubilación*, más no de invalidez, en la medida que esta última no la contempla el texto normativo citado: tiempo de servicio-4 años o más-y el padecimiento de una incapacidad permanente total o de gran invalidez, sin importar el origen de la incapacidad.

Por consiguiente, concluye la Sala que para la causación de la pensión reclamada por la demandante, y pueda considerarse como un derecho adquirido, los dos requisitos: tiempo de servicios e incapacidad permanente total o gran invalidez,

debían acreditarse con anterioridad al 31 de julio de 2010, fecha en que al tenor de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, pierden vigencia las reglas contenidas en convenciones colectivas, pactos y laudos arbitrales.

En ese orden, es necesario mencionar que el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como principal objetivo de la reforma homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema, advirtiendo que en dicha providencia se estudió extensamente las normas internacionales, las cuales se enmarcaron a la realidad y existencia de normas internas o nacionales, aclarando que los estados deben tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno lo prescrito en la Convención, esta razón permite entender que es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país, conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno.

Al respecto, menester es traer a colación lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005:

Parágrafo transitorio 3°. *Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.*

Al tenor de la disposición en cita, resulta que pese a la prohibición de pactar o convenir pensiones extralegales, el acto legislativo protege los derechos adquiridos a pesar de no tener reconocimiento expreso, es decir, protege a quienes cumplan con la totalidad de los requisitos establecidos para adquirir el derecho antes del 31 de julio de 2010, así se ha pronunciado la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de casación, con ponencia del H. Magistrado GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA, en sentencia de 3 de abril de 2008 bajo el radicado 29907¹.

¹ Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados.

Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto

Por lo anterior, los *derechos adquiridos* se configuran cuando se cumplan plenamente los presupuestos contemplados en la norma que consagra el derecho, y no contempladas en manera alguna el cumplimiento de la edad con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En este punto, es necesario aclarar que dentro de este periodo de transición es posible que se presenten prórrogas automáticas de las convenciones o pactos que se encontraban vigentes, las cuales conservarán los beneficios pensionales que venían rigiendo con el fin de proteger igualmente, las expectativas y la confianza legítimas de quienes gozaban de tales prerrogativas. No obstante lo anterior, bajo ninguna circunstancia, dichas prórrogas podrán extenderse más allá del 31 de julio de 2010.

Lo anterior, por cuanto el párrafo consagra de manera indiscutible que todas las pensiones **especiales** finalizan el 31 de julio de 2010. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-744 de 2007 respecto a las diferencias entre los derechos adquiridos y las meras expectativas, señaló que se configura un derecho adquirido cuando las premisas o supuestos contemplados en la norma se cumplen plenamente en cabeza del beneficiario, derechos que bajo el amparo del artículo 58 de la Carta Política, no pueden ser afectados o desconocidos por normas posteriores. Por el contrario, señala la Corte Constitucional que son expectativas legítimas, y no derechos adquiridos aquellas situaciones jurídicas que si bien iniciaron con anterioridad a la vigencia de una norma, no se han perfeccionado al no haberse cumplido la totalidad de los presupuestos fácticos requeridos para su consolidación, y por tanto, a diferencia de los derechos adquiridos, dichas expectativas si pueden ser afectadas por normas posteriores.

Aclarado lo anterior, es menester verificar si la parte actora cumplió con los requisitos dispuestos en la convención para adquirir el derecho a la pensión de jubilación allí contenida, antes del 31 de julio de 2010:

Ahora bien, frente al primer requisito, esto es, el tiempo de prestación de servicio, el demandante aportó certificado de información laboral en el que consta que presta sus servicios a ECOPETROL S.A., desde el 21 de enero de 1982, luego reúne los cuatro años continuos o discontinuos, luego el tiempo de servicio está debidamente

legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

probado, mas no así el cumplimiento de la incapacidad permanente total o gran invalidez, dado que la fecha de estructuración inicial lo fue el 23 de enero de 2013 la que fue modificada por la Junta Regional de Santander, fijándola el 11 de noviembre de 2016 (folio 52), es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010, razón por la cual no es acreedor de la prestación solicitada.

A lo que se agrega, que el Acto Legislativo 01 de 2005, fue objeto de estudio por la Corte Constitucional, corporación que en la sentencia **C-178/07**, declaró exequible el referido acto, y por ende para esta Sala de Decisión, todos los acuerdo colectivos perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, además por tratarse de una adición a la norma Superior de nuestro ordenamiento jurídico, que prevalece sobre los demás preceptos jurídicos.

Igualmente, se considera que el Acto Legislativo 01 de 2005, no desconoce el artículo 53 de la Constitución Política, como quiera que el mismo pretende que los asuntos pensionales solo sean regulados por las leyes de seguridad social y así evitar diversidad de regímenes pensionales.

En ese orden, la Sala concluye que la parte actora no cumplió con los requisitos para la causación del derecho pensional, con anterioridad a las fecha citadas por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que debe CONFIRMARSE la sentencia proferida en primera instancia.

Costas

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la demandada; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** en su **SALA TERCERA DE DECISION**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021, por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá, según se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la parte accionanda. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad 11001310500120180070401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad 11001310500120180070401)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad 11001310500120180070401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 07-2020-00150-01

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **MARTHA EDITH CAICEDO GÓMEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PROTECCIÓN SA) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Protección S.A) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA con tarjeta profesional No. 51.713.048 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.4).

La apoderada de la demandada Colpensiones (fls. 5 y 6), así como el apoderado de la parte demandante (fls. 8 y 9), y el apoderado de Protección SA (fls. 10 y 11),

presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 17 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) MARTHA EDITH CAICADO GÓMEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada (fls. 2 y 3 del archivo 02 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Que se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la señora MARTHA EDITH CAICEDO GOMEZ hacia la AFP PROTECCIÓN S.A., al no haberle proporcionado dicha AFP una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a PROTECCIÓN S.A., incumpliendo su deber de buen consejo.
2. Que se declare que la AFP PROTECCIÓN S.A. incurrió en omisión en el deber de información que tienen las AFP con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que se tienen en cada uno de los regímenes pensionales.
3. Que se declare que la señora MARTHA EDITH CAICEDO GOMEZ debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

CONDENATORIAS:

1. Que como consecuencia de la omisión en la información, se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. como administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliada la señora MARTHA EDITH CAICEDO GOMEZ, a la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. Que como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. al traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad a COLPENSIONES.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 07-2020-00150-01

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: MARTHA EDITH CAICEDO GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PROTECCIÓN SA) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Protección S.A) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA con tarjeta profesional No. 51.713.048 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.4).

La apoderada de la demandada Colpensiones (fls. 5 y 6), así como el apoderado de la parte demandante (fls. 8 y 9), y el apoderado de Protección SA (fls. 10 y 11),

presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 17 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) MARTHA EDITH CAICADO GÓMEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada (fls. 2 y 3 del archivo 02 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Que se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la señora MARTHA EDITH CAICEDO GOMEZ hacia la AFP PROTECCIÓN S.A., al no haberle proporcionado dicha AFP una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a PROTECCIÓN S.A., incumpliendo su deber de buen consejo.
2. Que se declare que la AFP PROTECCIÓN S.A. incurrió en omisión en el deber de información que tienen las AFP con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que se tienen en cada uno de los regímenes pensionales.
3. Que se declare que la señora MARTHA EDITH CAICEDO GOMEZ debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

CONDENATORIAS:

1. Que como consecuencia de la omisión en la información, se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. como administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliada la señora MARTHA EDITH CAICEDO GOMEZ, a la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. Que como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. al traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad a COLPENSIONES.

3. Que como consecuencia de dicho traslado, se condene a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrar a la señora MARTHA EDITH CAICEDO GOMEZ como su afiliada sin solución de continuidad desde el 25 de enero de 1988.

5. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

Contestaron la demanda: PROTECCIÓN S.A (archivos 7 y 19 del expediente digital) y COLPENSIONES (archivos 8 y 20 del expediente digital), de acuerdo al auto del 16 de junio de 2021. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO 7º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 01 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la demandante MARTHA EDITH CAICEDO GOMEZ a través de la AFP PROTECCIÓN S.A, de fecha 01 de febrero del 2000, así como el posterior traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad. Como consecuencia de lo anterior, **ORDENÓ** a la AFP Protección S.A a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MARTHA EDITH CAICEDO GOMEZ, junto con los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, incluyendo todos los gastos de administraciones y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales a la demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria. **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al régimen de prima media a la demandante MARTHA EDITH CAICEDO GÓMEZ desde su afiliación inicial al ISS. **DECLARÓ** no probadas las excepciones presentadas por la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES. **COSTAS** a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A y a favor de la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV, no hubo lugar a condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PROTECCIÓN S.A)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos:

1. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: En lo que tiene que ver con la condena impuesta por este concepto, debe tenerse en cuenta que durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a Protección S.A, esta AFP realizó una excelente gestión de administración de la cuenta de ahorro individual, evidenciándose así en los altos rendimientos generados. Por lo que, ordenar a Protección S.A. a trasladar estas cuotas de administración; en primer lugar, es castigarla por la excelente gestión de administración que realizó de la cuenta de ahorro individual; en segundo lugar, se estaría desconociendo el derecho a las restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 del código civil. Por otra parte, se estaría generando un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, entidad que nunca administró la cuenta de ahorro individual de la demandante. Por otra parte, se entiende que estos conceptos de cuota de administración y de seguro previsional son cobrados a las administradoras como un perjuicio, en el presente proceso no obra prueba ni siquiera sumaria de un daño, un nexo causal con actuación alguna de mi representada, un juramento estimatorio. También, hay que entender que esos conceptos de cuotas de administración y de seguro previsional tienen una naturaleza completamente diferente a la naturaleza de la pensión, no van dirigidas a aumentar o disminuir el monto con el que se pensionan los afiliados. Entonces, estos conceptos al no tener la misma naturaleza de la pensión están sujetos a prescripción, se puede hablar incluso de prescripción parcial de los mismos.

2. SEGUROS PREVISIONALES: En cuanto al seguro previsional, tal y como su nombre lo dice, se trata de un seguro que es pactado con un tercero que es la aseguradora a quien mes a mes se le ha pagado para tener vigentes las pólizas de la demandante para que en caso que se genere el siniestro, esto es, la invalidez o la muerte, la demandante esté cubierta. Si bien, en el presente caso no se generó el siniestro, esto no es razón alguna para ahora tener que devolver estas cuotas de seguro previsional, teniendo en cuenta que también se pactó con un tercero y fue pagado a un tercero que es la aseguradora y que en el presente proceso ni siquiera está vinculada.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION efectuado por el (la) señor (a) MARTHA EDITH CAICEDO GOMEZ el día 01 de junio de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN el 01 de junio del 2000, efectivo a partir del 1º de agosto de 2000. Posteriormente, se efectuó traslado a la AFP ING el 31 de mayo de 2005, efectivo a partir del 01 de julio de 2005, finalmente y dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP PROTECCIÓN SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 47 del archivo 07 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1- La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo

doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del Decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia de Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir, que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2- La línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3- Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, que por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad,

desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar *ad portas* de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que, ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que, a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá

devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente, los fondos demandados en la contestación de la demanda, COLPENSIONES aportó: expediente administrativo de la demandante en medio magnético y el cálculo de rentabilidad de fecha 20 de agosto de 2021. PROTECCIÓN SA aportó: formulario de vinculación del año 2000 y del año 2005, sabana de bono pensional, certificado SIAFP, reporte de estado de cuenta de pensiones obligatorias, historia laboral de fecha 07/10/2020, políticas para asesorar y vincular personas naturales a Protección, concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, comunicado de prensa del año de gracia, historia laboral de fecha 03/08/2021.

Es decir, que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 01 de junio del 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado el 01 de junio del 2000, el (la) demandante tenía 592.86 semanas cotizadas (fl. 1 del archivo 19 del expediente digital), por tanto

en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 06 de diciembre de 1963 – fl. 4 del archivo 03 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podía pensionarse en el RPM en el año 2020, toda vez que actualmente tiene más de 1.629,86 semanas cotizadas– (fl.1 archivo 19 del expediente digital) en cambio, en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieran informado, y de hacerlo antes, tendría que negociarlo en la bolsa disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP PROTECCIÓN S.A.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Respecto de la inconformidad de la apoderada de Protección SA a la no devolución de los gastos o cuotas de administración, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal enfatizó:

"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."

Finalmente, frente a la inconformidad expresada por la apoderada de Protección SA, respecto de la devolución a Colpensiones de los emolumentos que tuvieron como destino el cubrimiento de seguros previsionales en Protección SA, es preciso traer a colación la sentencia CSJ SL 3803-2021 en la cual, frente a un caso con condiciones similares, la alta Corporación sostuvo:

*"De ahí que la AFP Porvenir S.A. **está obligada a devolver a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración**, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen."*

Bajo las anteriores consideraciones y sin más motivos de inconformidad presentados por la AFP Protección SA que resolver, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O**

INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora **MARTHA EDITH CAICEDO GÓMEZ** del régimen de prima media a la AFP PROTECCIÓN S.A el 01 de junio del 2000.

EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante **PROTECCIÓN S.A**, habrá lugar a condenarlo en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR sentencia proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de septiembre de 2021.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PROTECCIÓN SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500720200015001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500720200015001)

Aclaro Voto



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500720200015001)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado Ponente: Dr. MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-007-
2020-00150-01.**

**MARTHA EDITH CAICEDO GÓMEZ contra
COLPENSIONES Y OTROS.**

Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, y atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, al atender lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las

sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Data ut supra



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 009-2017-00131-02

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: DEMETRIO CELIS GAMEZ
DEMANDADO: GENFAR S.A.
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 09º Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de enero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Las partes no presentaron alegatos, pese a lo ordenado en auto del 03 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **DEMETRIO CELIS GAMEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra la compañía **GENFAR S.A.**, debidamente sustentada como aparece a folios 17 y 22 del expediente con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** que el contrato de trabajo que suscribió con la compañía demandada, finalizó por causas imputables al empleador, con coacción e incumplimiento de la ley.
2. **DECLARAR** que el vínculo laboral aún sigue vigente.

PRETENSIONES CONDENATORIAS PRINCIPALES

1. **CONDENAR** a la sociedad GENFAR S.A. a reintegrarlo a su lugar de trabajo en iguales o mejores condiciones a las que tenía para el momento del despido.
2. **CONDENAR** a la pasiva al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, junto con las cesantías, primas de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones.
3. **CONDENAR** a la entidad llamada a juicio al pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales.
4. Costas procesales.

PRETENSIONES CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS

1. **CONDENAR** al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T, en la suma de \$14.851.265
2. **CONDENAR** al pago de suministro de calzado y vestido de labor.
3. Costas procesales.

5. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Contestó la demanda: **GENFAR S.A.** tal como se evidencia del escrito que obra de folio 52-78 y de acuerdo al auto de fecha 12 de abril de 2018 (folio 79), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 9º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia de 28 de enero de 2021, **ABSOLVIÓ** a la compañía demandada de las pretensiones incoadas en la demanda, **DECLARÓ** probada la excepción de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de las obligaciones demandada y **CONDENÓ** en costas al demandante.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, la parte demandante interpone recurso de apelación:

INEFICACIA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO: aduce en síntesis que debe aplicarse el bloque de constitucionalidad, que además los trabajadores fueron obligados a la suscripción del documento a través del cual se daba por terminado el vínculo laboral, y que el Código Civil no opera en materia laboral:

"1. Mi cliente efectivamente tiene un contrato de trabajo

2. Dice que no hubo coacción -doctora- si fácilmente se está diciendo que estuvieron encerrados desde las 8am hasta las 5pm que cada uno se demorara 30 minutos, claro, eso es un secuestro hasta simple.

3. La misma norma manifiesta qué se debe hacer, la decisión no puede acordarse en puerta cerrada y se hizo a puerta cerrada, los encerraron en un piso 5 de una cafetería de la misma empresa, entonces ¿no fue coacción? -yo me pregunto- ese mismo día 14 me está diciendo usted que los funcionarios, pero es en el numeral 9 del acuerdo, donde dice que estos será ratificado en notaria, entonces ¿por qué le dicen a los trabajadores que viene un notario? y fuera de eso, es que está dentro del plenario también demostrado la documental, uno no puede tampoco no revisar la documental aportada por el Ministerio de Trabajo y por una notaría, dejando el vilo de que porque el empleador es garante y abusivo, se le tenga que dar la razón con el trabajador.

No estoy de acuerdo con su sentencia, para este togado, si hubo abuso de autoridad y prevaleció que la empresa y sus supuestos funcionarios coaccionaron, hicieron un despido al trabajador en todas sus fases, efectivamente, usted tiene que mirar a la luz del derecho y lo miro efectivamente como es, pero a los 54 trabajadores de ese día en 8 hora ¿no los iban a cansar? La gente ya estaba cansada, divida 8 horas en 54 personas para ver cuánto les da en minutos, entonces, mientras la gente firmaba ¿por qué no dejaban llamar a un abogado? ¿Por qué les quitaron los celulares? Eso lo dijeron los testigos. Además, el mismo representante legal indica en la audiencia que él tenía que cerrar el año fiscal sin trabajadores y el que no firmara, entonces no le iban a dar absolutamente nada, eso también se dijo y también lo dijeron los 2 trabajadores.

Que en primera instancia, el juez no haya estudiado como usted lo hizo, que esto tuvo hasta recurso de apelación porque el anterior juez se dio cuenta que efectivamente estaba pasando algo con estos trabajadores y se fue a recurso de apelación y allá le negaron nuevamente el recurso, cuando a uno le niegan un recurso, pues uno ve a la luz del derecho que está pasando algo y si que menos con esta sentencia tan fatídica como la está dando usted el día de hoy, yo espero que el Tribunal Superior del Circuito Laboral de Bogotá acceda

a las pretensiones y revoque su sentencia porque va mal encaminada al derecho.

Entonces, sustentado mi recurso, como aquí tiene que aplicarse el bloque de constitucionalidad, no hay ausencia de causa porque los trabajadores fueron obligados y el código civil no opera dentro del código laboral, tal como lo expone la relación del derecho del trabajo y la relación con el derecho civil, por ende, le estoy diciendo, solicito al Tribunal se revoque dicha sentencia.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1. Si** el contrato de transacción por medio del cual las partes pactaron terminar de mutuo acuerdo el contrato de trabajo que los vinculaba, adolece de ineficacia o nulidad por vicio en el consentimiento-coacción-, y en consecuencia se debe ordenar el reintegro o indemnización por despido injusto.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante DEMETRIO CELIS GAMEZ suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad GENFAR S.A., vigente entre el 16 de Septiembre de 1997 y hasta el 14 de diciembre de 2015, pues así se corrobora del acuerdo de transacción visto a folio 45.

INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO

Ahora, para resolver el problema jurídico planteado, tenemos que la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un eventual pleito. Así mismo, para su validez no requiere la aprobación o el aval del Juez, pues basta con que las manifestaciones se hagan en forma consciente y libre de apremio, sin vulnerar derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, para que la misma surta sus plenos efectos legales, como lo prevé el artículo 15 del C.S. T.

Por ende, la transacción al igual que cualquier otro acuerdo de voluntad, una vez celebrado se convierte en una Ley para las partes, que solo puede ser desconocida una vez se declare judicialmente su nulidad o su ineficacia.

En materia laboral, tal declaratoria de nulidad o ineficacia procede en la medida que se demuestre que el consentimiento expresado por uno de los contratantes estuvo viciado de error, fuerza o dolo, o la existencia de un objeto o causa ilícita derivadas del desconocimiento de los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

Luego entonces, existen unos parámetros cuyo cumplimiento es indispensable para que proceda la aprobación de la transacción, esto es, que: (i) exista entre las partes un derecho litigioso eventual o pendiente de resolver; (ii) el objeto a negociar no tenga el carácter de un derecho cierto e indiscutible; (iii) el acto jurídico sea producto de la voluntad libre de las partes, es decir, exenta de cualquier vicio del consentimiento, y (iv) lo acordado genere concesiones recíprocas y mutuas para las partes, eso sí, en tratándose de asuntos laborales, que no sean abusivas o lesivas de los derechos del trabajador.

Frente al tema objeto de discusión, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Rad. 55918 de 2017, ha manifestado que la renuncia de un trabajador debe ser totalmente autónoma y voluntaria para ser válida. Además, que se considera ilegal la conducta del empleador cuando coacciona, exige o solicita la renuncia del trabajador:

"De lo anterior fluye que la renuncia presentada como resultado de la irresistible presión ejercida por el empleador, es una declaración de voluntad que adolece de un vicio del consentimiento¹, por tanto no ha de producir efectos²; es decir, para ser más exactos en esta oportunidad, conforme al artículo 1740 del CC, el acto es nulo y, al ser declarada judicialmente nula la renuncia, en los términos del artículo 1746 ibidem, las partes tienen el derecho «para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...», lo que equivale concluir que el contrato de trabajo no finalizó a consecuencia de la nulidad de la renuncia."

¹ ARTICULO 1508, «VICIOS DEL CONSENTIMIENTO». Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo.

² ARTICULO 1502, «REQUISITOS PARA OBLIGARSE». Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

En el presente asunto las partes suscribieron contrato de transacción el 14 de diciembre 2015, mediante el cual acordaron poner fin a la relación laboral con el pago de \$20.937.732 como bonificación extraordinaria con el fin de prevenir cualquier litigio, así como el pago de \$33.979.378 *"para contribuir con los aportes a seguridad social en salud y pensiones por un periodo de 8,73 años, calculados desde la fecha de retiro por mutuo acuerdo"* y el pago de \$1.134.000 por aportes de la póliza de salud (folio 45-48).

Luego de lo anterior, como quiera que el demandante pretende se le reste efectos al mencionado acuerdo, le corresponde a éste, a la luz de lo establecido en el artículo 167 del C.G.P, aplicado por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T y S.S., probar ese vicio en el consentimiento.

Al revisar el material probatorio allegado al plenario, ningún medio da cuenta de vicio alguno en el consentimiento, que dice el demandante ejerció el empleador sobre él para firmar el acuerdo transaccional, en la medida que los únicos documentos aportados fue un acuerdo denominado "TERMINACION DEL CONTRATO", certificado de existencia y representación legal de la compañía demandada, constancia de no acuerdo de conciliación expedido por el Ministerio de trabajo y peticiones presentadas ante el ente ministerial ya mencionado y la Notaria 21 del Circulo de Bogotá (folio 2-15).

Por el contrario se logra evidenciar que, además de la transacción, el mismo 14 de diciembre de 2015, las partes suscribieron un documento denominado: "ACUERDO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO", en el que se estipuló el pago de la sumas enunciadas en el convenio transaccional, documental que fue firmado por el demandante, corroborándose aún más su voluntad de finalizar el vínculo laboral (folio 2)

Adicionalmente, al escuchar el interrogatorio de parte absuelto por el actor, se evidencia que el trabajador aquí accionante, aceptó haber suscrito el documento denominado "ACUERDO DE TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO": *"Sí, yo firme por la sencilla razón Dr., de que a nosotros nos citaron y en el quinto piso el día catorce, sin saber nosotros para que nos había citado, nos reunieron a 54 personas más, y tres con nosotros dos compañeros con migo serian 57, para informarnos de que la compañía había decidido cerrar la planta de antibiótico por concepto de que no estaba dando rendimiento que se esperaba"*. Así mismo, admitió que adicionalmente firmó un acuerdo

transaccional de fecha 14 de diciembre de 2015, el cual se le puso de presente en la diligencia, sin que hubiese desconocido el mismo.

Entre tanto el testigo NELSON FLOREZ RAMIREZ, si bien indicó que fue compañero de trabajo del demandante y que fueron convocados el día 15 de diciembre de 2015 a una reunión en el sexto piso de la compañía, no estuvo presente para el momento en que el actor suscribió los documentos mencionados, como tampoco conoce la suma pactada entre la compañía y el accionante, en la medida que según lo señala, dicha actuación se presentó de manera individual: *"cuando lo leyó y lo suscribió, no"*.

En este orden, no podemos derivar los supuestos facticos alegados en la demanda de la declaración de un tercero que no estuvo presente para el momento de la firma de los acuerdos, y quien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar; quedando si bien claro, de este testimonio que previo a la suscripción de los documentos, se efectuó una reunión de manera colectiva, en la que se dijo que la planta se cerraría, no expresó nada sobre fuerza o coacción alguna impuesta por el empleador a los trabajadores y menos al demandante: *"en esa reunión se encontraba la gerente de recurso humanos Gladys Matiz, el señor Julio Varela, por la parte industrial de GENFAR, en esa reunión nos dijeron, de que el señor, la dra Gladys habló primero, diciéndonos que nos iba a decir una palabras el señor Julio Varela, que el señor Julio Varela se dirigió a nosotros y nos dijo que la compañía había decidió cerrar dicha planta porque no estaba dando la contabilidad deseada"*. A lo que se agrega que, el testigo dijo que había firmado por desconocimiento, sin que mencionara fuerza o coacción alguna.

Igual situación ocurrió respecto del testigo LUIS CARLOS ALDANA, en la medida que manifestó que desconocía los motivos que conllevaron a la terminación del contrato de trabajo: *"desconozco el motivo porque nos cancelaron, supuestamente porque la empresa, daba por terminado las labores de la planta, porque no estaba dando la rentabilidad que ellos requerían"*. Y que el acuerdo lo firmaba cada trabajador de manera individual: *"en el momento de firmar el documento, estábamos individual todos, uno a uno nos fueron llamando a una oficina, donde se encontraba el gerente de la compañía, la de recurso humanos y el supuesto funcionario de la notaría"*

En conclusión, ningún medio de prueba incorporado al plenario, logró acreditar la falta de capacidad en la celebración del acuerdo, o que el mismo versara sobre objeto o causa ilícita u obtenido con dolo o violencia, para invalidarlo u ordenar el reintegro en los términos señalados en el escrito de demanda.

Finalmente, cabe mencionar que esta Colegiatura tampoco pudo comprobar que para el momento en que el accionante firmó el contrato de transacción era titular de un derecho cierto, por lo siguiente:

El demandante alega que para la fecha del despido se encontraba a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional, por lo tanto tenemos que la garantía de la estabilidad laboral reforzada implica para el trabajador en determinadas circunstancias, poder continuar desempeñando sus funciones siempre que la causa que motivó la suscripción del contrato con el empleador se mantenga vigente y no existan razones que deriven en la inviabilidad de su continuación. Dichas circunstancias son las que a continuación se describen:

(i) Trabajadores sindicalizados (ii) trabajadores con discapacidad (iii) mujer embarazada y madre cabeza de familia y (iv) trabajadores *ad portas* de cumplir los requisitos exigidos por ley para pensionarse.

Ahora, este último grupo, tuvo su origen a partir de un desarrollo legal, esto es, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, con ocasión del Programa de Renovación de la Administración Pública. Esta protección consistía, fundamentalmente, en que las personas que tenían la expectativa de cumplir con los requisitos establecidos en la ley —edad y semanas cotizadas— para pensionarse en el lapso de los tres años siguientes a la promulgación de la norma debían ser mantenidas, durante el mayor tiempo posible, en sus cargos.

Sin embargo, a pesar de que la protección legal nació para los trabajadores del sector público que se encontraban en la situación descrita, la Corte Constitucional ha estimado que la garantía de la estabilidad laboral reforzada para los prepensionados puede aplicarse en otro tipo de contextos u escenarios, como serían aquellos en que se haya desvinculado a un servidor público por razones distintas a la prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, o cuando lo propio haya sucedido con un trabajador vinculado a una entidad de orden privado.

Tenemos entonces, que la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018, estableció:

"[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez.

Así las cosas, en principio, acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

La Corte Constitucional, en la sentencia referenciada, ha precisado que La "prepensión" protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez. Precisando a su vez, que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es la edad, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, razón por la que en dicho situación no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada:

"cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante,

relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente."

Ahora, según el precedente jurisprudencial citado, la figura mencionada, no implica mantener al trabajador en el empleo de manera indefinida, sino aplica en los casos en que sea necesario mantener la relación laboral, para que el trabajador pueda completar las semanas de cotización requeridas en el Régimen de Prima Media o en el caso del RAIS, el capital necesario, por lo tanto cualquier aplicación de la figura por fuera de este escenario fáctico, desborda y desnaturaliza la garantía en mención.

En este orden, al aplicar estos presupuestos al caso objeto de estudio, considera esta Sala de Decisión, que la citada garantía no tiene vocación de prosperidad, toda vez que el actor no acreditó que tuviese la calidad de pre-pensionado, dado que no incorporó siquiera el historial laboral; por otra parte, y como bien ya se mencionó el retiro del trabajador no obedeció a la decisión unilateral del empleador, sino el mismo se dio por mutuo acuerdo, sumado a que, en el acuerdo transaccional, se le pago una suma equivalente a \$33.979.378, *"para contribuir con los aportes a seguridad social en salud y pensiones por un periodo de 8,73 años calculados desde la fecha de retiro por mutuo acuerdo"*

Lo anterior indica, que en caso de aceptarse lo enunciado en la demanda, referente en que, para la fecha en que se dio por terminado el vínculo, el actor contaba con 1175.29 semanas cotizadas, es claro que el monto pagado para contribuir a los aportes pensionales, alcanzaban a reunir las 1300 semanas que exige la Ley 797 de 2003, en caso de aplicarse la misma, por lo se considera que el acuerdo no vulneró ninguno derecho cierto e indiscutible del accionante, y al no presentarse vicio alguno en el consentimiento, el mismo cuenta con plena validez, por lo que no hay lugar al reintegro, ni tampoco al pago de la indemnización por despido injusto, por lo que se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS:

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la entidad accionada; que se incluirán en la

liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2021, por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500920170013102)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500920170013102)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500920170013102)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 011-2016-00009-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: BELARMINO SANCHEZ OLIVEROS

**DEMANDADO: CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE
CUNDINAMARCA –CAR y COLPENSIONES.**

ASUNTO : CONSULTA (DEMANDANTE)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 11º Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada María Alejandra Almanza Nuñez, con tarjeta profesional No. 273.998 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

Los apoderados de las partes demandante y demandada-COLPENSIONES-presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 15 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor BELARMINO SANCHEZ OLIVEROS, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA CAR y COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos (fls. 2-11):

PRETENSIONS DECLARATIVAS

- 1) **DECLARAR** que las entidades accionadas omitieron al momento de liquidar la mesada pensional incluir la totalidad de devengos, ingresos, prebendas y acreencias percibidas durante el último año de servicio o durante los últimos 10 años.

PRETENSIONES CONDENATORIAS PRINCIPALES.

- 1) **CONDENAR** a las entidades demandadas a liquidar la pensión incluyendo como factor salarial, lo devengado por sueldo, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, quinquenio, prima de vacaciones y vacaciones compensadas en dinero, auxilio de alimentación, dominicales y festivos, horas extras diurnas y nocturnas, auxilio de transporte, primas de servicios, prima de antigüedad, primas semestrales, viáticos, prima de olor y prima por conducir equipo pesado.
- 2) **CONDENAR** a la mencionada entidad, a pagar las diferencias generadas producto de la reliquidación.
- 3) **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento del 14% por persona a cargo.
- 4) **CONDENAR** a COLPENSIONES a reajustar le mesada pensional, teniendo en cuenta un porcentaje del 25% por asistencia "de tercera persona"
- 5) **CONDENAR** al pago de la indemnización moratoria.
- 6) **CONDENAR** al pago de las sumas adeudadas debidamente indexadas.
- 7) Costas procesales.

PRETENSIONES CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS.

1. **CONDENAR** al pago de la indemnización integral de perjuicios

2. CONDENAR al pago de los intereses corrientes y de mora.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contestó demanda: **COLPENSIONES** (folio 49-62) y **CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA-CAR-** (folio 176-183), de acuerdo al auto visible a folio 188, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo en su defensa excepciones de mérito.

Por auto dictado dentro de la audiencia celebrada el 1 de marzo de 2017, el Juzgado de origen declaró la sucesión procesal con ocasión del fallecimiento del señor BELARMINO SANCHEZ OLIVEROS, teniendo como parte activa a los señores EDNA JANETH SANCHEZ LUNA, LUZ MERY SANCHEZ CANCHON, NIDIA CECILIA SANCHEZ LUNA, JORGE LUIS SANCHEZ LUNA Y JOSE SANCHEZ, en calidad de herederos (folio 209)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de mayo de 2021, **ABSOLVIÓ** a la COPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA y a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante. **DECLARÓ** probadas las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido propuestas por COLPENSIONES y las de inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe propuestas por la CAR y **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue adversa a los intereses de la parte demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico a resolver en esta instancia, se contrae a determinar: **1.** Si hay lugar a la reliquidación de la pensión legal como convencional, reconocida al señor BELARMINO SANCHEZ OLIVEROS, teniendo en cuenta todos los factores que se describen en el libelo inicial.

Antes de resolver el problema jurídico planteado, cabe precisar que, en el presente asunto, no es objeto de controversia que la Corporación Autónoma Regional de la Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suarez- CAR, a través de la Resolución n.º 4387 de 1986, le reconoció al señor BELARMINO SANCHEZ OLIVEROS, una pensión convencional, a partir del 1 de junio de 1986, en una suma equivalente a \$80.505.90, valor que fue obtenido del 80% del promedio de salarios devengados durante el último año (folio 12 a 15).

En el precitado acto administrativo, se estipuló que si bien el trabajador había causado la pensión de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, la cual era equivalente \$75.474.29, le era más beneficioso aquella enunciada en el artículo 79 de la Convención Colectiva de trabajo,

Así mismo el Instituto de los Seguros Sociales, por Resolución N.º 1471 del 15 de marzo de 1986, le concedió pensión de vejez al actor, a partir del 1 de junio de 1986, en la suma de \$16.812, con un incremento por cónyuge, equivalente a \$2.354, prestación que era compartida con aquella otorgada por la CAR (folio 16).

Finalmente, mediante Acto Administrativo N.º 4452 de 1989, la CAR ordenó reconocer únicamente el mayor valor resultante entre la pensión convencional y la legal (folio 17).

Ahora, una vez analizado el escrito de demanda entiende esta Sala que lo pretendido por el actor es que se le de aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y la mesada pensional se liquide con base con los ingresos devengados en los últimos 10 años, para lo cual cabe mencionar que, en lo referente al ingreso base para liquidar las pensiones de vejez de los afiliados que se encuentran dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es pertinente aclarar que

los regímenes anteriores a la normatividad mencionada, Ley 71 de 1988, Acuerdo 049 de 1990 o Ley 33 de 1985, es aplicable en cuanto a edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto, entendido este último como porcentaje; pues respecto de las demás condiciones y requisitos, rigen las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinó los parámetros para calcular el IBL si al afiliado le hacían falta menos de 10 años para adquirir el derecho al 1º de abril de 1994 y el artículo 21 de la referida Ley, lo reguló para quienes les hacía falta más de 10 años para obtener la prestación.

El anterior criterio fue adoptado de lo expresado por la Sala de Casación Laboral, en sentencias con Radicación N° 40552 del 1 de marzo de 2011 y 44238 del 15 de febrero de 2011 y 52320 de 2017; Así mismo la Corte Constitucional, en la sentencia C-258 de 2013, determinó que el régimen de transición consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación.

Pese a lo expuesto, considera esta Sala de Decisión que los anteriores parámetros NO le son aplicables al señor BELARMINO SÁNCHEZ OLIVEROS, en la medida que el derecho convencional lo causó con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, igual situación acontece respecto de la pensión legal, en la medida que las prestaciones fueron reconocidas a partir del 1 de junio de 1986, luego entonces, debe aplicarse lo contemplado en las normas citadas en los distintos actos administrativos.

Así las cosas, tal como ya se mencionó de la Resolución n.º 4387 de 1986, se evidencia que al señor SÁNCHEZ OLIVEROS, le fue otorgada una pensión convencional y pese a que no se allegó el acuerdo colectivo, esta Sala se supedita a lo transcrito en el acto administrativo en mención, al no existir reparo alguno, que al tenor literal, enuncia:

"Los trabajadores que adquieran el derecho a pensión de jubilación de acuerdo con las leyes vigentes y tengan diez (10) años de servicios continuos al servicio de la Corporación, esta reconocerá como pensión el

equivalente al 80% del promedio de sueldos o salarios devengados en el último año anterior al momento de causarse este derecho"

Luego entonces, de lo anterior se concluye que la pensión convencional debía ser liquidada con los salarios devengados en el último año de servicio y una tasa de reemplazo del 80%, determinándose que la entidad halló un promedio salarial igual a \$1.207.588.51 que comprendía sueldo, horas extras, viáticos, bonificaciones, primas, subsidio de transporte, subsidio de almuerzo y otros, parámetros que junto con la certificación que obra a folio 89 y 90, sirven de base para verificar si el total establecido por la entidad se ajustó a lo devengado por el trabajador durante el último año de servicio, encontrando lo siguiente:

SUELDO:	\$399.745.33
HORAS EXTRAS:	\$320.358.71
VIATICOS:	\$112.421.85
BONIFICACIONES:	\$170.401.19
PRIMAS	\$146.587.39
SUBSIDIO DE TRANSPORTE:	\$16.795
SUBSIDIO DE ALMUERZO:	\$35.949
OTROS:	\$5.330.04
TOTAL	\$1.207.588.51

En este orden, está acreditado que el total de factores salariales devengados por el actor durante el último año de servicio, fue equivalente a \$1.207.588.51, suma que fue adoptada por la entidad demandada -CAR- al momento de liquidar la pensión, sin que el demandante hubiese probado que durante el periodo en mención, percibió otra suma y que la misma debía ser computada como factor salarial, por disposición de la convención colectiva, más cuando dicho acuerdo no se incorporó al plenario, por lo que realizadas las operaciones aritméticas, se halló un promedio salarial de \$100.632.37, que al aplicarle el 80% se obtiene un total de \$80.505.9, valor que viene reconociendo la pasiva desde el 1 de junio de 1986, razón por la cual no hay lugar a reajuste alguno.

Ahora, frente a la pensión de vejez, de la Resolución 1471 de 1986, se desprende que la norma aplicable para al reconocimiento del beneficio pensional, lo fue el Decreto 3041 de 1966, norma que contempla como requisitos para acceder a la

prestación 60 años en el caso de los hombres y 500 semanas dentro de los 20 años al cumplimiento de la edad o 1000 en cualquier tiempo. Mientras que el IBL, se debe sujetar a lo enunciado en el artículo 15 del Decreto citado, esto es, multiplicando por el factor 4.33 la ciento cincuentava parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó en las últimas ciento cincuenta semanas de cotización y aplicando un monto del 45%, con aumentos del 1.2%, por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización.

En el asunto de marras, no existe discusión sobre el cumplimiento de los requisitos para la causación del derecho, por lo que no se hará pronunciamiento alguno, en tanto respecto del IBL, se efectuaron los respectivos cálculos, encontrando según la historia laboral que obra a folio 186, que el actor cotizó 883.71, de las cuales 713.85 fueron cotizadas dentro de los 20 años previos al cumplimiento de la edad, por lo que el Ingreso Base de liquidación ascendió a la suma de \$30.207.96, en tanto la tasa de reemplazo fue igual a 51%, obteniéndose una mesada pensional de \$15.406.06, valor inferior al salario mínimo de la época, razón por la cual la entidad procedió a otorgar el beneficio pensional, en cifra equivalente a este- \$16.812-, no encontrándose diferencia alguna, por lo que tampoco hay lugar a acceder a esta suplica, ni incremento pensional, pues según se señaló en el mentado acto administrativo desde el 1 de junio de 1986, se le otorgó el incremento del 14% por cónyuge, contemplado en el artículo 16 del precepto jurídico en mención.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COSTAS.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 110013105011201600000901)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 110013105011201600000901)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 110013105011201600000901)



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA

RADICACIÓN: 11901310501120160901

DEMANDANTE: BELARMINO SANCHEZ

DEMANDADO: CAR CUNDINAMARCA

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante últimas 150 semanas aplicando el 51% para obtener el valor de la primera mesada.			

TABLA PROMEDIO ULTIMAS 150 SEMANAS DE VIDA LABORAL					
Fecha Inicial	Fecha Final	Número semanas por período	Valor Ingreso Mensual	Valor por semana	Valor acumulado de semanas por período
19/11/82	30/04/83	23,00	\$ 11.850,00	\$ 2.762,24	\$ 63.531,47
06/12/83	31/05/85	90,71	\$ 21.420,00	\$ 4.993,01	\$ 452.937,06
21/05/85	01/05/88	36,29	\$ 21.420,00	\$ 4.993,01	\$ 181.174,83
Total semanas		150,00	Total acumulado actualizado		\$ 697.643,36

\$ 0,00

TABLA PRIMERA MESADA PENSIONAL 1986		
Centésima parte de sumatoria de salarios semanales	Salario base	Porcentaje aplicado salario base
\$ 6.976,43	\$ 30.207,96	51,00%
	SMM/V 1986	\$ 15.406,06
		\$ 16.811,40

Fuente	
Observaciones	1.- Esta liquidación se encuentra sujeta a modificaciones a solicitud del despacho.

Fecha liquidación: 18 DE ABRIL DE 2022

Recibe: _____



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 021-2019-00613-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **JUAN CARLOS BENITEZ BERMUDEZ**
DEMANDADO: **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Las partes demandante y demandada presentaron alegatos, según lo ordenado en auto del 07 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JUAN CARLOS BENITEZ BERMUDEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P**, debidamente sustentada como aparece de folios 2 a 15 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** que el artículo 82, incisos 1 y 3 de la Convención Colectiva celebrada por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SERVICIOS PUBLICOS-SINTRASERPUCOL, pactó que los contratos de trabajo de quienes se encontraban vinculados a la entidad para la fecha en que se firmó la convención colectiva, eran a término indefinido.
2. **DECLARAR** que se encuentra afiliado a la organización sindical SINTRASERPUCOL.
3. **DECLARAR** que es beneficio de la convención colectiva suscrita el 24 de noviembre de 2015, entre la entidad convocada a juicio y el sindicato SINTRASERPUCOL.
4. **DECLARAR** que el contrato de trabajo que celebró con la entidad accionada a término fijo, debe ser modificado a indefinido, por disposición de la convención colectiva.

PRETENSIONES CONDENATORIAS PRINCIPALES

1. **CONDENAR** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO E.S.P.**, a modificar el contrato de trabajo, en el entendido que la duración del mismo es a término indefinido.
2. Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Contestó la demanda: la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**, tal como se evidencia del escrito que obra de folio 127-142 y de acuerdo al auto de fecha 7 de julio de 2021 (folio 154), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia de 04 de agosto de 2021, **DECLARÓ** probadas las excepciones de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, COBRO DE LO NO DEBIDO Y BUENA FE**, propuestas por la demandada, **NEGÓ** las pretensiones incoadas por el actor en contra de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**, y **CONDENÓ** en costas al demandante.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, la parte demandante interpone recurso de apelación:

CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO: Adujo que el juez de Primera Instancia, desconoció los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, así como los parámetros enunciados en el artículo 1 y 7 de la Convención Colectiva, que regulan lo referente al principio de favorabilidad y enuncia que cualquier cláusula que perjudique al trabajador será ineficaz. Así mismo expresó que no se analizó el artículo 78 del Acuerdo Colectivo, en cuanto a la garantía de estabilidad en el trabajo, norma que fue desatendida por la entidad convocada a juicio, al dar por terminado su contrato de trabajo. Además manifestó que los artículos 82 y 83 de la convención prohibieron a la empresa vincular a trabajadores mediante contratos a término fijo y despedirlos, sumado a que debía modificar la vinculación de los trabajadores actuales, en el entendido que tendría una duración indefinida.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si le asiste derecho al actor a que la demandada le modifique la modalidad contractual y registre en el contrato de trabajo que los vincula, que el mismo es a término indefinido conforme a las previsiones de la Convención Colectiva suscrita el 24 de noviembre de 2015 entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP., y la Organización sindical Sintraserpucol.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante JUAN CARLOS BENITEZ BERMUDEZ, se vinculó a la entidad demanda mediante un contrato de trabajo a término fijo con una duración de seis meses, el cual inició el 01 de febrero de 2013, con las siguientes prorrogas (folio 19-24).

*Mediante memorando interno n.º 11100-2013-1145, se le informó al actor que el contrato sería prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2013 (folio 19)

*Así mismo, el mencionado vínculo fue prorrogado hasta el 31 de mayo de 2014, tal como se evidencia del memorando 1410001-2013-001566 (folio 20).

*A través del memorando n.º 1410001-2014-0815, le fue prorrogado el contrato al actor, hasta el 30 de junio de 2014.

*Por memorando n.º 1410001-2014-1897, fue prorrogado el vínculo laboral hasta el 31 de diciembre de 2014.

*Mediante memorando n.º 1410001-2014-4509, el contrato se prorrogó hasta el 31 de mayo de 2015 (folio 23)

*Finalmente, se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015.

Por otra parte, está probado que las partes en litigio nuevamente suscribieron un contrato de trabajo a término fijo, con fecha de iniciación de labores el 2 de diciembre de 2015 y fecha de finalización el 31 de diciembre de 2016, el que fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2019 (folio 17-30).

DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA

Persigue el demandante se declare que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de noviembre de 2015, entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP y la Organización sindical Sintraserpucol 2015-2019, aspecto este que no es objeto de debate en esta segunda instancia pues así fue sentado en la sentencia de primera instancia, sin que la encartada ejerciera oposición frente a este aspecto, sumado a que de la documental que obra a folios 51 a 89 del expediente digital, contentiva del documento convencional con su respectiva constancia de depósito, se advierte que el actor es beneficiario de dicho acuerdo convencional.

DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL ACUERDO CONVENCIONAL

Alega el demandante, se de aplicación al principio de favorabilidad en la interpretación del cuerpo convencional, para de esta forma acceder a las suplicas invocadas en el libelo inicial, en el entendido que se registre en su contrato de trabajo la modificación de la modalidad contractual, en aplicación de los artículos 82 y 83 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de noviembre de 2015 entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá

ESP y la Organización sindical Sintraserpucol 2015-2019, pues considera, no le es dable a la accionada vincular personal mediante contratos de trabajo a término fijo.

Así las cosas, a efectos de resolver la controversia aquí planteada, se tiene que el artículo 21 del C.S.T., establece que: *"En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"*, a lo que se agrega que, el artículo 53 de la Constitución Nacional preceptúa que *"La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales"*, y a continuación los relaciona así *"Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad"*.

Bajo estos parámetros, se encuentra que el citado principio en materia laboral busca la prevalencia en la aplicación de la norma más favorable para el trabajador, en casos en los que se presenta conflicto o duda sobre la aplicación de las normas vigentes, principio que tiene un fundamento no solo legal sino constitucional.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación SL 351 de 2018, al estudiar la forma en que se deben analizar los contenidos normativos incorporados en las convenciones colectivas de trabajo, enunció que:

"La Corte debe insistir en este punto en que, a partir de parámetros objetivos como la filosofía del ordenamiento jurídico relacionado con el trabajo, la coherencia de un texto convencional, entendido como un todo, su lectura integral y uniforme, el espíritu razonable de las disposiciones y la voluntad sistemática de las partes, entre otros, es posible reconocer un marco legítimo dentro del cual las partes

pueden albergar dudas razonables respecto de ciertas cláusulas. Como toda norma jurídica, la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que les da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles, pero que, a la vez, niega la validez de lecturas inaceptables, que traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas”.

Adicionalmente, la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-113 de 2018, al estudiar la procedencia de la aplicación del principio de favorabilidad en asuntos en los que se debate aspectos propios de los acuerdos convencionales expresó:

“En el escenario de los conflictos de trabajo, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. (...) Si una norma -incluyendo las convenciones colectivas de trabajo, según la dogmática que precede-, admite varias posibilidades de interpretación, es deber del juez aplicar la que resulta más benéfica para el trabajador, pues en caso contrario, se vulneraría el derecho fundamental al debido proceso y el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 Superior.”»

Del anterior contexto normativo y jurisprudencial se concluye que en tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad, sin importar si se tratan de normas legales o convencionales, la autoridad judicial se encuentra obligado a dar aplicación a la disposición que más le favorezca al trabajador, siempre que coexistan diversas interpretaciones frente al precepto jurídico aplicar, es decir, que en los eventos en que la disposición legal o el clausulado convencional ofrece diversas posibilidades de interpretación, el juez laboral está llamado a aplicar aquella que le sea menos lesiva.

Luego, esto sucede siempre que de una misma norma se desprendan varias interpretaciones y no, cuando habiendo varias disposiciones normativas, una de ellas le sea más favorable que la otra, pues se recuerda que, en materia de interpretación convencional, la coherencia de un texto consensual se debe

examinar entendiendo aquel como un todo, lo que implica una lectura integral y uniforme, ya que el espíritu razonable de las disposiciones se encuentra atado a la voluntad sistemática que las partes le dan a la disposición que regulará la relación de trabajo.

Descendiendo al asunto de marras, considera la Sala de Decisión que en ningún momento se omitió la aplicación del principio de favorabilidad, en tanto según el demandante se desconocieron los artículo 1, 7 y 78 de la convención, en los que se contempla la estabilidad laboral, y dio prevalencia al acápite del concurso, empero nótese como dichas estipulaciones no entran en contradicción, sino por el contrario, armonizan la vigencia de las normas que regularan las relaciones contractuales de quienes se benefician de la Convención Colectiva de Trabajo, haciéndose necesaria su interpretación de forma sistemática y armónica, y no como lo pretende el actor, de forma separada.

Lo anterior por cuanto la Convención Colectiva 2015-2019, suscrita por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP., y la Organización Sindical –Sintraserpucol, el 24 de noviembre de 2015, en su artículo 1° estipula lo concerniente a RECONOCIMIENTO PREVALENTE DE LA CONVENCION COLECTIVA: *"Las partes acuerdan que en relación con las Convenciones Colectivas de Trabajo cualquier interpretación que directa o indirectamente desmejore los derechos adquiridos de los trabajadores de LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA E.S.P en Convenciones Colectivas anteriores, será ineficaz y no producirá ningún efecto frente a los beneficiarios. En consecuencia quedarán vigentes las cláusulas convencionales más favorables para los trabajadores y la Empresa se compromete a dar cumplimiento al principio de favorabilidad"*, normativa que contempla la aplicación del principio de favorabilidad, pero ante la ocurrencia de desmejoras en las condiciones laborales de los beneficiarios de convención colectiva respecto a derechos adquiridos en acuerdos colectivos anteriores, siempre que el nuevo resulte desventajoso frente al ya negociado con anterioridad.

Aunado a lo anterior, el artículo 7° de la convención estudiada, contempla el principio de favorabilidad en los siguientes términos: *"La EAB-ESP se compromete a continuar cumpliendo y aplicando el régimen laboral y prestacional pactado en convenciones colectivas y los más favorables que otorgue la ley. En caso de conflicto de aplicación de normas prevalecerá la más favorable para el*

trabajado", precepto jurídico que se acompasa con lo dispuesto en el articulado citado inmediatamente anterior, pues de la lectura, se logra establecer de forma clara que el principio de favorabilidad operará siempre que se encuentre una colisión entre normas propias de la convención actual y convenciones anteriores, o disposiciones de estirpe legal, siempre que se susciten desmejoras en los derechos adquiridos.

Bajo este entendido, los reparos formulados por el recurrente no encuentran vocación de prosperidad en lo que a la aplicación del principio de favorabilidad se refiere, pues del articulado traído a colación se logra establecer, que el mismo opera únicamente en los eventos en que la convención colectiva vigente contenga clausulados que resulten lesivos a los derechos ya adquiridos por los beneficiarios de la norma convencional, sin que pueda aplicarse a los preceptos contenidos dentro de la convención con vigencia 2015-2019, pues se repite, el deber interpretativo de los clausulados debe estar sujeto a la integralidad sistemática del mismo, y no de una forma aislada.

DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE TÉRMINO FIJO A TÉRMINO INDEFINIDO

El demandante pretende se declare que su vinculación con la demandada lo es mediante contrato de trabajo con vigencia indefinida, en virtud del citado acuerdo convencional, en la medida que en el artículo 82 se consignó que los contratos que suscriba la entidad convocada a juicio con sus trabajadores tienen dicha duración.

Para resolver encontramos que, el artículo 209 del citado documento convencional estipula que:

"PLANTA DE PERSONAL. La EAB-ES-P y SINTRASERPUCOL acuerdan que los 1344 cargos creados para la operación directa de los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social, a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, los trabajadores serán vinculados a la EAB-ESP, conforme a lo acordado, quedando así:

PRIMERO 911 cargos pasan de la planta transitoria actual a la planta definitiva acordada, vinculándose los trabajadores

inicialmente mediante contrato a término fijo prorrogables automáticamente hasta tanto se llenen las vacantes y posteriormente se vincularan mediante contrato a término indefinido ,a través del proceso de concurso de méritos.

Por su parte, el artículo 82 ibídem señala que:

"CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La Empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de méritos con los criterios del escalafón. Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo"

Y finalmente, el artículo 83 del citado cuerpo convencional estipuló que:

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

De los artículos mencionados se concluye, que si bien en tratándose de vinculación de empleados a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá

ESP, la convención colectiva con vigencia 2015-2019, estableció que todo trabajador que sea vinculado a partir del momento de suscripción del acuerdo convencional deberá ingresar mediante contrato de trabajo a término indefinido, salvo aquellos funcionarios que sean vinculados para la realización de una obra o labor determinada, la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, reemplazo de personal en vacaciones o en licencia o en caso de vacancias definitivas, evento en el cual el plazo no podrá ser superior a cinco meses.

Sin embargo, esta norma debe ser interpretada, con lo dispuesto en el artículo 209 de la citada convención, el cual establece que los cargos de planta transitoria actual que pasaran a la planta definitiva acordada, serían vinculados inicialmente mediante contrato a término fijo prorrogables automáticamente hasta tanto se llenen las vacantes, vinculándose posteriormente mediante contrato a término indefinido, a través del proceso de concurso de méritos.

En el caso del demandante, se tiene que en un primer momento el demandante fue vinculado mediante contrato de trabajo a término fijo en el cargo de Tecnólogo Administrativo, el 1 de febrero de 2013, vinculación que fue objeto de prorrogas hasta el 30 de noviembre de 2015, tal como se desprende de la documental que reposa a folio 17-24 del plenario, calenda para el cual aún no se encontraba vigente el acuerdo convencional objeto de estudio.

Adicionalmente, a través del contrato 37038017, el demandante se vinculó con la pasiva partir del 2 de diciembre de 2015, mediante contrato de trabajo a término fijo con una duración de 12 meses, mismo que fue objeto de prorrogas hasta el 31 de diciembre de 2019, ejecutando la labor de Tecnólogo Administrativo, momento para el cual ya se encontraba en vigor el clausulado convencional con vigencia 2015-2019, a lo que hay que agregar que el cargo enunciado fue creado de manera definitiva a través del Acuerdo 24 de 2015.

Lo anterior, en principio, conllevaría a pensar que el contrato de trabajo celebrado el 2 de diciembre de 2015, a término fijo, siendo beneficiario de la convención colectiva de trabajo, se tornaría en indefinido por aplicación a las disposiciones de los artículos 82 y 83 del a Convención Colectiva 2015-2019, empero lo cierto es, que en atención a la dispuesto en el artículo 209 del acuerdo colectivo, el señor Benítez Bermúdez, se encontraba dentro aquel personal que debía ser contrato mediante la modalidad de contrato de trabajo a término fijo por pertenecer a la planta transitoria, faltándole acreditar únicamente la superación

del concurso de méritos para acceder a la modificación de su modalidad contractual, es decir, era un requisito sine qua non, para acceder a la planta global de personal de la Entidad demandada, presupuesto que no aparece probado dentro del plenario.

En este orden de ideas, se concluye que para acceder a la vinculación mediante contrato de trabajo a término indefinido o la modificación de la naturaleza del contrato inicialmente pactado, se hacía necesario la aprobación del concurso de méritos, requisito cuyo cumplimiento no demostró el señor BENITEZ BERMUDEZ, por lo que no le asiste derecho a variar la modalidad del vínculo contractual, y en ese orden la sentencia de Primera instancia será CONFIRMADA.

COSTAS:

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la entidad accionada; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de agosto de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502120190061301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502120190061301)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502120190061301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 22-2019-00784-01

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: BLANCA MARITZA ROJAS MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTES DEMANDADAS
(PORVENIR Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata los recursos de Apelación Partes demandadas (Porvenir S.A y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA con tarjeta profesional No. 51.713.048 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.4).

El apoderado de la demandada Porvenir S.A, así como el apoderado de la parte demandada Colpensiones y la apoderada de la demandante presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) BLANCA MARITZA ROJAS MORENO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada (fls. 2 y 3 del archivo 02 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES:

1. Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la señora BLANCA MARITZA ROJAS MORENO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., y con esto de la afiliación realizada el 09 de noviembre de 1998, debido a la falta del deber de información, inadecuada asesoría e inducción en error, por los asesores comerciales del fondo privado.
2. Se declare que la señora BLANCA MARITZA ROJAS MORENO actualmente se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del régimen de prima media con prestación definida COLPENSIONES, esto es, se declare sin solución de continuidad la afiliación de la actora en el régimen de prima media.
3. Se ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, realizar el traslado a COLPENSIONES de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora BLANCA MARITZA ROJAS MORENO, esto es, entregar los respectivos bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en la cuenta individual a nombre de la actora con el respectivo calculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de servicios financieros, cuotas de administración y enviarlos o depositarlos a su nombre en la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.
4. Se ordene a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a pagar de ser el caso, las diferencias que llegaron a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM, los cuales serán asumidos a cargo de su patrimonio.
5. Se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a recibir el traslado de las sumas provenientes de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., esto es, el valor de los aportes

existentes en la cuenta individual de la actora con el respectivo calculo actuarial, bonos pensionales, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y servicios financieros, reactivar la afiliación de la señora BLANCA MARITZA ROJAS MORENO, sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral.

6. Se declare que es la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la encargada de reconocer pensión a BLANCA MARITZA ROJAS MORENO desde el momento en que acredite los requisitos legales para pensionarse.

7. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (archivo 05 del expediente digital) y AFP PORVENIR S.A (archivos 08 el expediente digital), de acuerdo a los autos del 03 de mayo de 2021 y 07 de septiembre de 2021. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO 22 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 28 de octubre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por BLANCA MARITZA ROJAS MORENO, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 09 de noviembre de 1988. **ORDENÓ** a PORVENIR S.A, fondo al que se encuentra afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicados en esta providencia. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas **COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A en la suma de 1 SMLMV, no condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR S.A)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos en los siguientes términos:

1. REQUISITOS INEXISTENTES AL MOMENTO DEL TRASLADO: En primer lugar, no comparte el apelante la posición adoptada en primera instancia, consistente en declarar la ineficacia del traslado realizado por la parte demandante, manifestando como principal motivo, el hecho de que la AFP Porvenir no trajo al presente proceso pruebas adicionales al formulario de afiliación que constata la información que se le brindó a la parte demandante, toda vez que dejar formularios adicionales a ese formulario de afiliación solamente fue una obligación que surgió a partir de la ley 1748 del 2014 y no para el momento inicial del traslado de la parte demandante. Ya que, para ese momento, tal y como se manifestó en los alegatos de conclusión, constaba la obligación de brindar la información, pero no constaba la obligación de dejar documento adicional a ese formulario, ya que este era el único documento autorizado legalmente y exigido por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia. Además, afirma que, al ser un documento público, autentico y que no fue tachado ni objetado por la parte demandante y que así mismo, ella manifestó que suscribió el mismo de forma libre y voluntaria, pues cumplió con todos los requisitos que estaban vigentes en ese momento para entender precisamente que el traslado surgió a la vida jurídica de forma válida y efectiva.

2. ACTOS DE RELACIONAMIENTO: Así mismo, afirma que se dejó de valorar en sede de instancia que la parte demandante ejecutó actos de relacionamiento tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3752 de 2020 y recogida en la SL-1061 de 2021 ambas con ponencia de la Dra. Ana María Muñoz, donde se ratificó precisamente la voluntad inequívoca y la vocación de permanencia de la parte demandante dentro del RAIS, pues durante más de 22 años permaneció afiliada al mismo, no manifestó queja o inconformidad alguna y así mismo realizó aportes de forma continua a Porvenir, razón por la cual lo que se presentó fue esa ratificación de permanecer dentro del RAIS y como consecuencia ya no hay lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado.

3. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: Finalmente, solicita al Tribunal que en caso de que considere que se debe confirmar lo atinente a la ineficacia del traslado realizado por la parte demandante, que se revoque lo atinente a que la AFP Porvenir está obligada a devolver las comisiones de administración.

En primer lugar, porque esto es un concepto precisamente que está autorizado debidamente a descontarse por parte de las Administradoras de fondos de pensiones específicamente en la ley, y ello se da como una retribución a Porvenir S.A por la buena gestión que ha ejercido el capital de la parte demandante durante el cual ha estado vinculada la misma, consistente en incrementar el saldo de su cuenta de ahorro individual.

Que, devolver esas sumas a Colpensiones implicaría un enriquecimiento sin causa, pues nótese que la parte actora en caso tal de que igualmente hubiese permanecido afiliada a Colpensiones, lo cierto es que se le habrían generado estos descuentos porque el 3% de la cotización en este régimen, está destinado a financiar la comisión de administración, pensión de invalidez y de sobrevivientes. Que, así mismo, del concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia y de la ley 100 de 1993, se ha establecido que cuando procede la ineficacia solamente se deben devolver las cotizaciones junto con los rendimientos, sin que haya lugar a devolver suma adicional, máxime cuando las comisiones de administración son un concepto que en ningún momento está destinado a financiar la pensión de vejez de la parte actora y que como consecuencia de ello, podría hablarse incluso de una prescripción de estas sumas de dinero.

Ahora bien, si los efectos de la ineficacia jurídica son entender que las cosas vuelven a su estado anterior, es decir, que no existió contrato de afiliación entre la parte demandante y la AFP Porvenir, ello llevaría a entender que no existe una administración y como consecuencia de ello que no se generaron unos rendimientos. Sin embargo, pese a ello en sede de instancia se aplican los efectos de la ineficacia jurídica de forma parcializada, solamente para una de las partes de la relación contractual, específicamente para el fondo privado sin que haya dicha obligación para la parte demandante, pese a que la ley es clara en establecer que cuando opera la ineficacia, el efecto es que ambas partes están obligadas a hacer restituciones mutuas, obligación que no está imponiendo en sede de instancia la parte demandante.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos en los siguientes términos:

1. **AFECCIÓN AL PATRIMONIO DE COLPENSIONES:** Manifestó que no comparte el criterio del Despacho, por cuanto la declaración de ineficacia del traslado conlleva a consecuencias que afectan el patrimonio

de Colpensiones, porque si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular. Reiteró que el principio de que el interés general debe primar sobre el interés particular, por cuanto dicha declaración de ineficacia del traslado va a afectar el patrimonio público, por cuanto tendría que pagarse una pensión que llegará a percibir la parte demandante, ya que su ahorro fue de manera individual y no financió las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión.

- 2. DEBER DE INFORMACIÓN POR PARTE DE LA DEMANDANTE:** La hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio del Régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto. Ahora bien, la hoy demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales como son el retractarse de dicha afiliación, es decir, dejar sin efecto la afiliación del RAIS y es de mencionar que esta figura está contenida en el mismo formulario que ella suscribió. Igualmente, tampoco hizo uso de la rescisión, por lo tanto, es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-242 del año 2009 MP. Mauricio González Cuervo, respecto del tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la constitución nacional, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2005.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procedé también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A efectuado por el (la) señor (a) BLANCA MARITZA ROJAS MORENO el día 09 de noviembre de 1998; **2.** En caso afirmativo,

si tiene derecho a que la AFP PORVENIR devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR el 09 de noviembre de 1998, efectivo a partir del 1º de enero de 1999. (fl. 81 del archivo 08 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1- La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del Decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia de Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos

prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir, que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2- La línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3- Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, que por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar *ad portas* de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que, ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que, a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente, los fondos demandados en la contestación de la demanda, COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo de la demandante en medio magnético (archivo 05 del expediente digital) PORVENIR S.A., aportó: Certificado SIAFP, certificado de afiliación a Porvenir S.A., copia del formulario de afiliación de la demandante a Porvenir del año 1998, bono pensional de la demandante, historia del bono pensional de la demandante, historia laboral consolidada, relación histórica

de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, copia respuesta a derecho de petición, copia de la nota de prensa del 14 de enero de 2004, copia simple del comunicado de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero del 2020.

Es decir, que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 09 de noviembre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado el 09 de noviembre de 1998, el (la) demandante tenía 482.2 semanas cotizadas (fl. 95 del archivo 08 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 01 de septiembre de 1964 – fls. 13 y 14 del archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podía pensionarse en el RPM en el año 2021, toda vez que actualmente tiene más de 1.647 semanas cotizadas– (fl.92 archivo 08 del expediente digital) en cambio, en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes, tendría que negociarlo en la bolsa disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP PORVENIR S.A.

Respecto de la inconformidad expuesta por el apoderado de Porvenir S.A por considerar que los requisitos hoy exigidos para probar la asesoría válida eran inexistentes para el momento del traslado de régimen y que no se prueban vicios del consentimiento, es preciso traer a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, en su siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante,

pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)
Negrita fuera de texto

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

Ahora, en cuanto a la manifestación del mismo apoderado, con respecto a que el a quo no tuvo en cuenta los actos de relacionamiento que efectuó la demandante y que, según el mismo, ratificaron su deseo de permanecer dentro del RAIS, es menester citar una de las más recientes jurisprudencias de nuestro Máximo Órgano de cierre, la sentencia SL1055 de 2022 radicado 87911 en la cual afirmó:

"(...) En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

*De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. **Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.**"* Negrita fuera de texto

Finalmente, y frente al ultimo punto de apelación del apoderado de Porvenir S.A, en cuanto a la petición de que se revoque la condena impuesta a esta AFP de devolver los gastos de administración a Colpensiones, debe decirse que en sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021 de la Corte Suprema de Justicia, se enfatizó:

"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."

Ahora bien, frente a la inconformidad de Colpensiones por considerar que la demandante fue negligente al no ilustrarse sobre el cómo funcionaba cada régimen pensional, debe decirse que son múltiples las sentencias que explican esta situación, entre ellas, la CSJ SL3706 – 2021, la cual manifestó:

"Existe toda una batería normativa de carácter especial que regula la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, con lo cual, el fundamento para su declaratoria es el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo que ordena dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, los laudos, pactos, convenciones y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto, sin apelar para ello a irregularidades en los requisitos de que trata el art. 1502 del CC.

(...)

La construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en avanzar al estudio sobre el elemento «consentimiento» buscando la prueba de uno de sus vicios: error, violencia y dolo, para, en su lugar, centrarse en el análisis del «deber de información y buen consejo» que compete a las Administradoras en cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia y que se concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado"

Así pues, más allá de que la demandante hubiese tenido el deber de ilustrarse sobre las ventajas y desventajas que podría encontrar en cada régimen pensional, era deber legal de las administradoras de fondos de pensiones brindar una asesoría que contuviera información transparente, clara y verídica sobre las diferencias que tenía cada régimen al momento de su traslado, situación que evidentemente no se dio en estos términos en el presente caso, por lo cual, no es de recibo el argumento de este apoderado.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, esto, trayendo a colación lo referido en la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario,

favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre del 2021, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **BLANCA MARITZA ROJAS MORENO** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir el 09 de noviembre de 1998.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes **AFP PORVENIR S.A.**, y **COLPENSIONES**, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *a quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre del 2021.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas (PORVENIR SA y COLPENSIONES) y a favor de la parte actora.

Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *a quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502220190078401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502220190078401)

Aclaro Voto



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220190078401)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado Ponente: Dr. MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-022-2019-00784-01.

BLANCA MARITZA ROJAS MORENO contra
COLPENSIONES Y OTROS.

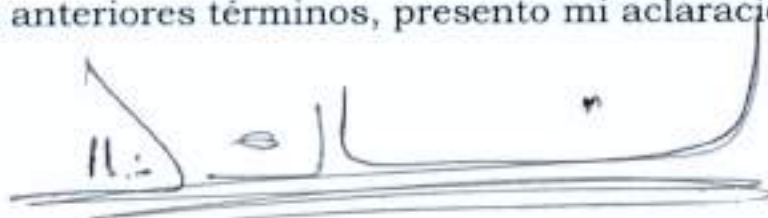
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, y atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, al atender lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las

sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D.A.J. CORREA STEER', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Data ut supra



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 27-2019-00254-01**

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ
DEMANDADAS: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A (Litis)
AFP PORVENIR S.A
AFP COLFONDOS
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTES DEMANDADAS
(COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A) //
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Partes demandadas (Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado ANDRES ZAHIR CARRILLO TRUJILLO con tarjeta profesional No. 267.746 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.9).

El apoderado de la demandada Colpensiones (fls. 8 a 12), así como los apoderados de las demandadas Porvenir (fls 13 a 46), Protección (2 y 3) y el apoderado de la demandante (fls. 4 a 7) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en

auto del 17 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS, debidamente sustentada (fls. 4 y 5 del archivo 01 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES:

1. Que se declare la Nulidad y/o Ineficacia del Traslado de Régimen, que realizó el día 1 de agosto del 2000 la demandante SANDRA PATRICIA LOVO HERNÁNDEZ, del Instituto De Seguros Sociales (ISS) – hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A, por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado para convencerla que se trasladara de régimen pensional, dando aplicación a lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, mediante las sentencias de radicados 31989 del 9 de Septiembre de 2008, 33083 del 22 de Noviembre de 2011, 46292 del 3 de Septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de Octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, y la SL 361 del 13 de Febrero de 2019.

2. Que se ordene a las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, y PORVENIR S.A., realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen efectuado el 01 de agosto del 2000 por la demandante SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ.

3. Que se declare que para todos los efectos la única afiliación válida de la señora SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ, fue la efectuada el 1 de abril de 1981 al ISS - hoy COLPENSIONES.

4. Que se ordene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los

dineros que se encuentren depositados en la Cuenta de Ahorro Individual de la demandante SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ.

5. Que se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, recibir en esa administradora sin solución de continuidad a la Demandante SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ.

6. Que se ordene a la demandada COLPENSIONES, una vez reciba los aportes de la demandante de parte de PORVENIR S.A. corregir y actualizar la historia laboral de la señora SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ.

7. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 25 de septiembre de 2020, ordenó al demandante integrar como litis consorcio necesario a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A (fl. 231 del archivo 01 del expediente digital).

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 116 a 148 del archivo 01 del expediente digital) AFP PORVENIR S.A (fls. 193 a 236 del archivo 01 expediente digital) AFP COLFONDOS (fls. 192 y 244 a 257 del archivo 01 del expediente digital) y AFP PROTECCIÓN S.A (fls. 258 a 306 del archivo 01 del expediente digital), de acuerdo a los autos del 25 de septiembre de 2020 y del 07 de septiembre de 2021. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

EI JUZGADO 27 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 18 de noviembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la señora SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y los posteriores traslados horizontales efectuados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad. **CONDENÓ** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. **CONDENÓ** a la demandada AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, por el tiempo que estuvo afiliada en dicha entidad. **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR y la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y **CONDENÓ** a la demandada AFP COLFONDOS en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho. No condenó en costas a COLPENSIONES, PORVENIR ni PROTECCIÓN toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue COLFONDOS.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colpensiones S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia en los siguientes términos:

1. NULIDAD DEL TRASLADO: Manifiesta que, para la resolución del caso se deben tener en cuenta algunos aspectos, los cuales en la sentencia de primera instancia no se tuvieron en cuenta. En primera medida, las obligaciones contractuales que tenía la parte demandante, esto es, tener una adecuada revisión de los negocios jurídicos realizados dentro de la misma, lo cual no se vislumbra dentro de la sentencia de primera instancia. En segunda medida, hay que tener en cuenta que Colpensiones es totalmente ajena a este tipo de relacionamiento jurídico que realizó la demandante, por lo cual no le es exigible hoy en día asumir una responsabilidad la cual es afiliar nuevamente a la demandante en el régimen de prima media con la

finalidad única y exclusiva de lograr el estatus pensional y tener que dar en su momento un reconocimiento de subsidio para poder sostener este tipo de pensiones.

2. REQUISITOS INEXISTENTES PARA LA FECHA DEL TRASLADO:

Argumenta también, que se debe recordar que para la resolución de este caso no le era exigible a los fondos privados realizar el nivel de asesoría que expone la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que no se podía exigir una documentación externa adicional o generar una posterior a la afiliación realizada en ese momento, por lo cual, no es de acogida directa que se tenga que desconocer como elemento material que prueba directamente el consentimiento de la demandante y que recibió la información, el formulario aportado dentro de esta demanda.

3. AFECTACIÓN EXCLUSIVA A COLPENSIONES: Manifiesta además que se debe analizar que la responsabilidad objetiva directamente endilgada a Colpensiones en tener que recibir a la demandante en el régimen de prima media, no exonera en ningún momento de la responsabilidad o daño que se genera por parte de los fondos privados, en el cual se inculca una responsabilidad única y exclusiva a Colpensiones de tener que afiliar a la demandante. Así mismo, expone que hay que tener en cuenta que Colpensiones es la única demandada dentro de este tipo de procesos que no tiene forma de defenderse y queda atada directamente de las intervenciones que logren demostrar las demás partes, haciendo gravosa la situación si una de ellas se allana a las pretensiones y no impulsa en ningún momento poder demostrar lo que se le había solicitado directamente por la parte demandante dentro del proceso. Así pues, el apelante asegura que es por ello no se puede pretender que Colpensiones sea la única responsable de este negocio jurídico realizado exclusivamente por la demandante y la AFP, pues hay que tener en cuenta todos los argumentos esgrimidos anteriormente.

La **parte demandada (Porvenir S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, en los siguientes términos:

1. INFORMACIÓN SUFICIENTE – NULIDAD TRASLADO: Afirma que, si bien es cierto, la existencia de un precedente jurisprudencial bastante amplio y pacífico en materia del deber de información, también se ha indicado que se deben analizar las particularidades concretas de cada uno de los afiliados

que pretenden se declare nulo o ineficaz su traslado de régimen pensional. En el caso objeto de estudio, Porvenir considera que la demandante tuvo a disposición toda la información necesaria, clara y suficiente, tanto al momento del traslado del régimen pensional como al momento en que realizó sus traslados horizontales al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. REQUISITOS INEXISTENTES PARA LA FECHA DEL TRASLADO: De igual manera, asegura que obran en el plenario las documentales que dan cuenta de la voluntariedad y la vocación de la demandante de permanecer afiliada en este régimen y no es posible endilgar a las administradoras aquí llamadas a juicio, allegar elementos materiales probatorios que no se encontraban vigentes, o más bien, no eran exigidos para la data en que la señora demandante realizó su traslado de régimen pensional y posteriormente los traslados horizontales. Además, sostiene que, el deber de información ha tenido un desarrollo jurisprudencial informativo que hoy en día lo hace mucho más exigente, situación que no era posible de prever por las administradoras aquí llamadas a juicio y que esta situación en ningún momento se tuvo en cuenta al emitir sentencia, sino que se le aplica a todas las administradoras aquí convocadas un nivel de información no vigente para el momento en que se realizó el traslado de régimen pensional y todos estos actos de relacionamiento.

3. RENDIMIENTOS FINANCIEROS: Por otro lado y como otro punto de la apelación, se aparta de la condena impuesta al respecto de devolver la totalidad de los dineros a la demandante, que si bien son de su propiedad, manifiesta que la sentencia de instancia se centra o se enfoca en la ineficacia y argumenta que lo cierto es que esta figura jurídica contempla que el negocio jurídico no se realizó y que las cosas se deben retrotraer a su estado inicial, dejando en claro que la existencia o la generación de los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían a la demandante en una condición distinta de la que se hubiese encontrado si hubiese permanecido afiliada lo largo de su historia laboral en el régimen de prima media. Expone que esta situación ha sido analizada y estudiada por la Corte Suprema de Justicia y trae a colación la sentencia SC 3201 del 2018, mediante la cual se advirtió que el traslado de estos rendimientos también pone una condición distinta a los afiliados que se ordena su traslado de

régimen pensional y estaría yéndose en una clara contravención con los establecido en el artículo 897 del código de comercio.

4. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: Por otro lado, también se aparta de devolver los gastos de administración, como quiera que estas sumas en ningún momento se han descontado de manera caprichosa por parte de Porvenir, sino por el contrario han sido descontadas por estar autorizadas por la misma ley 100 de 1993 en su artículo 93 y en procura de generarle unos beneficios económicos a la señora demandante que hoy en día hace mucho más ostensible su ahorro pensional, situación que se vislumbra en su historia laboral consolidada, así como en el reporte de movimientos que hoy en día obra en el plenario. Al respecto, manifiesta que la Superintendencia financiera ha indicado que cuando se ordene el traslado de estos recursos, se debe realizar de conformidad con el Decreto 3995 del año 2008 en su artículo 7, disposición normativa que contempla las restituciones mutuas que se deben realizar en el momento en que se ordene el traslado de estos recursos al tenor de la nulidad o la ineficacia del traslado del régimen pensional. Finalmente, considera que, existiendo una norma que regula tal situación, no será admisible apartarse de esta e incluir conceptos que por razones lógicas Porvenir ya no posee y se han descontado por ser autorizadas por la misma ley 100 de 1993.

La **parte demandada (Protección S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, en los siguientes términos:

1. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: Presenta recurso en lo relativo a condenar a Protección a trasladar a Colpensiones lo que en su momento fue descontado por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, teniendo en cuenta que los gastos de administración se cobraron por mandamiento normativo, donde se faculta a las AFP para realizar la deducción de un porcentaje sobre el valor de aportes realizados por los afiliados al SGSSP. La ley 100 de 1993 en su artículo 20 consagra la disposición de las AFP para realizar este cobro, a cambio se les da a los afiliados una retribución a través de los rendimientos financieros que genera el RAIS. Asegura que, es incluso pertinente señalar, que esos gastos de administración también serían cobrados en el RPM si la demandante hubiese continuado afiliada a este régimen, razón por la cual es claro que son dineros que no van a soportar la pensión de vejez de la demandante y en tal sentido,

si se trasladan a Colpensiones, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de esta entidad y de la misma demandante. Reitera que, por ser dineros que no van a financiar la pensión de vejez de la misma, Protección tiene derecho a conservarlos como una restitución mutua a su favor por la administración de dinero que se le generó a la demandante durante su afiliación y que hoy por hoy, ayuda en su cuenta de ahorro individual a tener un capital mayor al que hubiese podido tener en el régimen de prima media para que soporte su mesada pensional.

Así mismo, señala que como son dineros que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante y donde, por ejemplo, Protección no es la administradora actual de la demandante y todo su capital ya fue trasladado a otra AFP, Protección tendría que entrar a responder por los gastos de administración con su propio patrimonio, constituyéndose en una condena en perjuicios contra Protección sin que esto haya sido materia del litigio, pues el objeto del proceso versó sobre la ineficacia o la nulidad de la afiliación y no sobre una eventual condena en perjuicios sobre el patrimonio de las administradoras de fondos de pensiones.

Así mismo, sostiene que lo que se declaró en la sentencia fue la ineficacia del formulario de afiliación que suscribió la demandante en el año 2000 y los posteriores formularios con las AFP, siendo la figura de la ineficacia el concepto de que las cosas vuelven a su estado anterior, razón por la cual, incluso se interroga por qué han de trasladarse unos rendimientos que se generaron por los diferentes formularios de vinculación que hoy se están declarando ineficacias y en ese sentido, lo que se tendría que hacer en una eventual condena de ineficacia es hacer una ponderación de cuales habrían sido los rendimientos que le generaría el RPM a la demandante y se trasladaría ese valor, siendo sustancialmente menor al beneficio económico que le generaron las AFP.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS efectuado por el (la) señor (a) SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ el 25 de julio del año 2000 **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM. **3.** Y, si es procedente la devolución de los gastos de

administración a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A durante el tiempo en que la señora SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ hizo parte de dicha administradora, de la cual se realizó el traslado horizontal.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que, él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS el 25 de julio de 2000, fecha en la cual suscribió el formulario de afiliación, contrario a lo afirmado en las pretensiones en la demanda, en la cual se afirmó que la fecha para la cual solicitó el traslado de régimen, fue el 01 de agosto del 2000. Hecha la aclaración anterior, este traslado fue efectivo a partir del 01 de septiembre de 2000. Posteriormente, se efectuó traslado a la AFP ING el 29 de julio de 2005, efectivo a partir del 01 de septiembre del 2005 y luego de esto, se efectuó traslado a la AFP Horizonte el 22 de marzo de 2007, efectivo a partir del 01 de mayo de 2007. Finalmente, y dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP Porvenir a partir del 01 de enero de 2014 (fl. 291 del archivo 01 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1- La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones.

Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15,

sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del Decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia de Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir, que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2- La línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3- Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, que por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que, ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que, a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente, los fondos demandados en la contestación de la demanda, COLPENSIONES aportó: expediente administrativo de la demandante, historia

laboral actualizada y certificado de afiliación de la demandante. PORVENIR SA aportó: formulario de afiliación del 22 de marzo de 2007, certificado de afiliación de la demandante a Porvenir, consulta de viabilidad del SIAFP, historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral consolidada de fecha 09/12/2019, relación histórica de movimientos Porvenir y comunicado de prensa. COLFONDOS S.A aportó: certificado de existencia y representación legal de Colfondos, cedula de ciudadanía y tarjeta profesional del apoderado de Colfondos, formulario de afiliación del 25 de julio del 2000, historia de vinculaciones SIAFP. PROTECCIÓN S.A aportó: Solicitud de vinculación a la AFP Colmena -hoy Santander- el 29/07/2005, certificado de aportes trasladados por Protección hacia Horizonte S.A, certificación SIAFP, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, comunicado de prensa del año de gracia.

Es decir, que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de julio de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaria para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts. 4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindó toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado el 25 de julio del 2000, el (la) demandante tenía 980.29 semanas cotizadas (fl. 129 del archivo 01 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 24 de mayo de 1962 – fl. 47 del archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podía

pensionarse en el RPM en el año 2019, toda vez que actualmente tiene más de 1.875 semanas cotizadas– (fl.217 archivo 01 del expediente digital) en cambio, en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes, tendría que negociarlo en la bolsa disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP COLFONDOS.

Ahora bien, respecto al punto de apelación de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, en relación a que, el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación y al señalamiento de PORVENIR de que no es posible endilgar a las administradoras allegar elementos materiales probatorios que no se encontraban vigentes para la época del traslado de régimen, es preciso traer a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, en su siguiente aparte:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"
Negrita fuera de texto

Conforme la Jurisprudencia en cita, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo que no es de recibo el argumento que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

Frente a la inconformidad de COLPENSIONES por considerar que la demandante tenía una serie de obligaciones contractuales que no cumplió, esto es, tener una adecuada revisión de sus negocios jurídicos, al respecto, existen varios pronunciamientos por parte de nuestro máximo Tribunal que explican esta situación, entre ellos, el que trae la sentencia CSJ SL3706 – 2021, la cual manifestó:

" (...) La construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en avanzar al estudio sobre el elemento «consentimiento» buscando la prueba de uno de sus vicios: error, violencia y dolo, para, en su lugar, centrarse en el análisis del «deber de información y buen consejo» que compete a las Administradoras en cumplimiento de normas de orden público que regulan la

materia y que se concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado"

Por lo anterior, más allá de que la demandante hubiese tenido una serie de obligaciones contractuales, era deber legal de las administradoras de fondos de pensiones brindar una asesoría que contuviera información transparente, clara y verídica sobre las diferencias que tenía cada régimen al momento de su traslado, situación que evidentemente no se dio en estos términos en el presente caso, por lo cual, no es de recibo el argumento de este apoderado.

De igual manera y contrario a lo expresado por Colpensiones, esta administradora no sufre ningún tipo de detrimento y por ende, ninguna afectación exclusiva, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, esto, tomando en cuenta lo referido en la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Respecto al punto de apelación de la AFP PORVENIR, en el que afirma que la demandante contó con la información suficiente al momento de trasladarse de régimen, lo cual se reflejó en sus posteriores traslados horizontales. Frente a este punto, vale la pena citar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia al respecto mediante su sentencia SL1055 de 2022 con radicado 87911 en los siguientes términos:

"(..) En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

*De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. **Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.**"* Negrita fuera de texto

Por otra parte, PORVENIR S.A manifiesta que se aparta de la condena impuesta sobre la devolución de los rendimientos financieros que se generaron con ocasión

de los aportes realizados por la demandante. Al respecto, el criterio pacífico de la Corte Suprema de Justicia se ha ratificado, como lo expone la sentencia SL755-2022, así:

*"(...) Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración **obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones**»"*

Finalmente, y frente a la inconformidad presentada tanto por la AFP PORVENIR S.A como por la AFP PROTECCIÓN S.A de tener que devolver a COLPENSIONES los gastos de administración descontados a la hoy demandante, durante el tiempo que estuvo afiliada a esas AFP por haber estado autorizado en la ley el efectuar dichos descuentos; es importante exponer lo dicho por la Corte Suprema en una de sus más recientes sentencias, la SL 1017-2022, en donde fue clara al señalar:

*"(...) De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

(...)

*Lo anterior por cuanto al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, **de manera que las administradoras tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.***

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación

definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, **los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.**

(...)

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Corte que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala y frente a la cual debe advertirse que, **como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás”** Negrita fuera de texto

Así pues y dando respuesta al tercer problema jurídico planteado líneas atrás, se evidencia que nuestro Máximo Órgano de Cierre es claro al adocinar el por qué deben ser devueltos los gastos de administración que se descontaron en cada una de las Administradoras a las que estuvo afiliada la demandante, y la razón no es otra que la afectación que tuvo el primer acto jurídico realizado debido a su ineficacia y/o nulidad, es decir, la primera solicitud de traslado al RAIS que se efectuó, de allí que los traslados horizontales posteriores también están afectados por este fenómeno, motivo por el cual, al haberse omitido el deber de brindar una información transparente y oportuna a la afiliada en cada uno de sus traslados, todas las AFP que estuvieron involucradas y que descontaron estos emolumentos durante el tiempo de afiliación de la señora SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ, son responsables de asumir esta consecuencia y devolver los gastos de administración a la Administradora del RPM COLPENSIONES.

Bajo las anteriores consideraciones, se **ACLARARÁ** el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado que efectuó la señora SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ el 25 de julio del año 2000 del régimen de prima media con prestación definida

administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y los posteriores traslados horizontales efectuados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad,

Se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2021.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes **AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES**, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *a quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado que efectuó la señora SANDRA PATRICIA LOVO HERNANDEZ el 25 de julio del año 2000 del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y los posteriores traslados horizontales efectuados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2021.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (PORVENIR SA, PROTECCIÓN SA y COLPENSIONES) y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *a quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad.11001310502720190025401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502720190025401)

Aclaro Voto



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502720190025401)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado Ponente: Dr. MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-027-2019-00254-01.

SANDRA PATRICIA LOVO HERNÁNDEZ contra
COLPENSIONES Y OTROS.

Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, y atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, al atender lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las

sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto.

A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized, overlapping loops and curves, positioned above the printed name.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Data ut supra



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 29-2020-00269-01

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: RAUL HUMBERTO RINCÓN MUÑOZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada (COLPENSIONES) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29º Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con tarjeta profesional 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.7 vuelto).

El apoderado de la parte demandante (12 a 14) y los apoderados de las partes demandadas Colpensiones (fls. 4 a 7) y Porvenir SA (fls. 8 a 11), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) RAUL HUMBERTO RINCÓN MUÑOZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a fls. 1 y 2 del archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES

1. Que se declare la ineficacia, nulidad, o invalidez del traslado efectuado por RAUL HUMBERTO RINCÓN MUÑOZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con la AFP PORVENIR SA en 1994.
2. Que se ordene a la AFP PORVENIR SA, anular en sus registros la afiliación realizada al régimen de ahorro individual por el señor RAUL HUMBERTO RINCÓN MUÑOZ en 1994.
3. Que se ordene a COLPENSIONES, anular en sus registros de afiliación el traslado que figure del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.
4. Que se ordene a la AFP PORVENIR SA que transfiera a COLPENSIONES el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual a la fecha de admisión de la demanda, incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y el valor total cotizado para el fondo de garantía de pensión mínima.
5. Que se ordene a la AFP PORVENIR SA que transfiera a COLPENSIONES el total de las cotizaciones que haya recibido a nombre del señor RAUL HUMBERTO RINCÓN MUÑOZ, desde la fecha de admisión de la demanda y hasta la fecha de la transferencia, incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y el valor cotizado para el fondo de garantía de pensión mínima.
6. Que se ordene a COLPENSIONES que reactive la afiliación al régimen de prima media del señor RAUL HUMBERTO RINCÓN MUÑOZ.
7. Que se ordene a COLPENSIONES que registre en la historia laboral del señor RAUL HUMBERTO RINCÓN MUÑOZ el detalle de las cotizaciones que le sean transferidas por PORVENIR S.A.
8. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (Archivo 8, 9 y 14 del expediente digital) y PORVENIR SA (Archivo 11 y 15 del expediente digital), de acuerdo con el auto del 06 de julio de 2021. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de octubre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere el señor RAUL HUMBERTO RINCON MUÑOZ identificado con CC. 19.322.481 ante HORIZONTE, hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 11 de mayo de 1994 con fecha de efectividad el 01 de junio de 1994. En consecuencia, **DECLARÓ** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **ORDENÓ** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante RAUL HUMBERTO RINCON MUÑOZ por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. **ORDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. **COSTAS** sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, en los siguientes términos:

- 1. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** Solicita que se adicione al numeral dos de la sentencia los gastos de administración en comisión con cargo de las utilidades de Porvenir S.A en favor de Colpensiones con el fin de que pueda

actualizar la historia laboral del demandante, esto, con el argumento de la línea jurisprudencial que ha tenido la Corte Suprema de Justicia frente a la devolución de los gastos de administración a favor de Colpensiones.

Dado que, frente a un acto jurídico de afiliación ineficaz, en el presente caso el del señor Raúl Humberto al fondo Porvenir, debe tenerse en cuenta que dichos gastos de administración deben integrar los valores adeudados a favor de Colpensiones.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE efectuado por el (la) señor (a) RAUL HUMBERTO RINCÓN MUÑOZ el día 11 de mayo de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuadas al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE el 11 de mayo de 1994, con efectividad a partir del 1º de junio de 1995, posteriormente el 31 de marzo de 2008 solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR, para luego trasladarse el 17 de diciembre de 2010 a la AFP ING, efectiva a partir del 1 de febrero de 2011 y finalmente trasladarse nuevamente a la AFP PORVENIR S.A el día 28 de mayo de 2015 (fl. 73 del archivo 11 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1- La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones

válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del Decreto 720 de abril 6 de 1994.

Posteriormente, mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir, que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2- Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad. 46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad. 47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad. 54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3- Finalmente, han de traerse a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que, a su vez, trajo a colación la sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989, que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente, los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron lo siguiente. COLPENSIONES aportó: expediente administrativo e historia laboral de fecha 28 de octubre de 2020 del demandante. PORVENIR SA aportó: Historia laboral consolidada, certificado de afiliación del demandante, formulario de vinculación a HORIZONTE del 11 de mayo de 1994, formulario de vinculación a PORVENIR del 31 de marzo de 2008, relación histórica de movimientos, relación de aportes, bono pensional, historia laboral del bono pensional, comunicado del 27 de julio de 2017, simulación pensional, certificación SIAFP, documento de viabilidad y comunicados de prensa.

Es decir, que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 11 de mayo de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindó toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia

total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Para el momento del traslado el 11 de mayo de 1994, el (la) demandante tenía 364.29 semanas (fl. 24 del archivo 09 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 14 de mayo de 1957 – fl. 4 del archivo 01 del expediente digital) al seguir cotizando, y al tener en cuenta que ya cumplió 62 años de edad, tiene más de 1212 semanas cotizadas, según reporte expedido el 8 de enero de 2021.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 les corresponde a las administradoras ser quienes acrediten la asesoría que debieron darle en el momento del traslado de régimen, la cual debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP HORIZONTE, hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Respecto de la manifestación hecha por el apoderado de Colpensiones, en la cual solicita que se ordene la devolución de los gastos de administración en comisión con cargo de las utilidades de Porvenir S.A en favor de Colpensiones. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.** (Negrita fuera de texto)*

Así mismo, mediante sentencia SL 2207 de 2021 con Rad. 84578, ya nuestro máximo Tribunal había sido enfático al señalar:

"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 9 sep. 2008; rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)." (Negrita fuera de texto)

Bajo las anteriores consideraciones y sin más motivos de inconformidad presentados por Colpensiones, se **ADICIONARÁ** el numeral **SEGUNDO** de la

sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de octubre 2021, en el sentido de **ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones. Además, se **ADICIONARÁ** el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de octubre 2021, en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., además de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones. En lo demás, se **CONFIRMARÁ** la decisión proferida en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 octubre de 2021, en el sentido de **ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de octubre 2021, en el sentido de **ORDENAR** a la Administradora Colombiana De Pensiones- Colpensiones recibir de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., además de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de octubre 2021.

CUARTO: COSTAS. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502920200026901)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502920200026901)

Aclaro Voto



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502920200026901)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado Ponente: Dr. MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-029-2020-00269-01.

RAÚL HUMBERTO RINCÓN MUÑOZ contra
COLPENSIONES Y OTROS.

Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, y atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, al atender lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las

sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Data ut supra



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 034-2018-00214-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ANDREA ALEJANDRA NONTOA TRIANA
DEMANDADO: SURGE S.A.S
ASUNTO : APELACIÓN (DEMANDADA)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de apelación parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 34º Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de noviembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 04 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ANDREA ALEJANDRA NONTOA TRIANA**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad **SURGE SAS**, con sus respectivos sustentos, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos (fls. 68):

- 1) **DECLARAR** la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales con la compañía llamada a juicio, a través del cual ejerció el cargo de asesora.
- 2) **DECLARAR** que dio cumplimiento al contrato de prestación de servicios profesionales.

PRETENSIONES CONDENATORIAS.

- 1) **CONDENAR** a la entidad demandada al pago de la suma de \$4.680.000, correspondiente al 60% del valor del contrato.
 - 2) **CONDENAR** a la mencionada entidad, a pagar el valor de \$1.200.000, por descuentos que realizó al contrato, supeditado a la asignación de nuevos clientes.
 - 3) **CONDENAR** al pago de \$500.000, por los desplazamientos fuera de la ciudad, para el desarrollo del contrato.
 - 4) **CONDENAR** al pago de \$300.000, correspondiente al valor del diagnóstico inicial y/o preauditoria.
 - 5) **CONDENAR** al pago de intereses corrientes y los intereses moratorios, exigibles desde el 7 de julio de 2015 hasta que se verifique el pago de lo adeudado.
- 3) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada **SURGE S.A.S**, contestó demanda (folio 118-123), de acuerdo al auto visible a folio 222, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo en su defensa excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO TREINTA Y CUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de noviembre de 2019. **DECLARÓ** que entre la demandante **ANDREA ALEJANDRA NONTOA TRIANA** y el demandado **SURGE SAS**, existió un contrato de mandato denominado de **PRESTACIÓN DE SERVICIO DE ASESORIA PROFESIONAL PARA PERSONAS JURIDICAS**, que fue firmado el 22 de mayo de 2015. **CONDENÓ** a la compañía accionada a pagar a la demandante,

la suma de \$300.000 por concepto de *"realización de pre-auditoria RUC y diagnóstico inicial del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo SG SSTA para la empresa SURGE SAS."* Así como el pago de \$4.680.000 que corresponde al 60% de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios de Asesoría Profesional para personas jurídicas. **CONDENÓ** a la pasiva al pago de los intereses regulados en el artículo 1617 del C. Civil, equivalente al 6% anual, a partir del 12 de noviembre de 2019 y hasta que se verifique el pago total de las obligaciones. **ABSOLVIÓ** a SURGE S.A.S, de las demás pretensiones y condenó en costas a la entidad demandada

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

PROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HONORARIOS e INTERESES MORATORIOS: *"Me permito interponer recurso de alzada, alejándome del criterio del Despacho, toda vez que se considera que mi representada actuó en pleno derecho y en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues en el contrato objeto de litigio se pactó el pago de una obligación sujeto a una condición, de no darse la misma, no había lugar al pago de honorarios. Así mismo, debe tenerse en cuenta la voluntad de las partes, quienes de manera libre y espontánea acordaron las condiciones del mismo contrato. De otra parte, que mi representada actuó de buena fe y en la entrega de los documentos, entra este, el informe de la ARL positiva, se realizó inmediatamente, tuvo registro del mismo, por lo que no existe mala fe por parte de SURGE S.A.S, más aún, teniendo en cuenta que este informe versaba sobre circunstancias anteriores al año 2012 y estas no influyeron en los resultados de la Auditoria de Calificación, de las cuales se desprende la condición de la cual se encontraba sujeta al pago de honorarios. La entrega de información se hizo de manera adecuada y esta no era esencial para que la calificación fuera de más del 90% tal como se había pactado, así las cosas, es la gestión de la demandante la que fue insuficiente para obtener la calificación requerida y de esta manera cumplió sus obligaciones contractuales, en la cual se encontraba estipulada la cláusula número siete. En cuanto a los intereses, se reafirma que mi representada cumplió con sus*

obligaciones y no puede predicarse la mora, pues el incumplimiento es por parte de la parte demandante."

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico a resolver en esta instancia, se contrae a determinar: **1.** Si la demandante ANDREA ALEJANDRA NONTOKA TRIANA tiene derecho o no, a que la sociedad convocada a juicio le reconozca y paguen la suma de \$4.680.000 por concepto de honorarios por la prestación de los servicios profesionales de asesora.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

En el presente asunto no existe discusión que el día 22 de mayo de 2015, la demandante y la sociedad llamada a juicio suscribieron un contrato de prestación de servicios profesionales, a través del cual la accionante se obligó a desarrollar la labor de asesora para la implementación de un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo, pues así se dejó sentado en la sentencia dictada por el A-quo, sin que hubiese reparo alguno respecto de esta decisión y se corrobora del documento que obra a folio 9 del plenario.

Ahora, alega la parte demandada que el pago de los honorarios correspondientes al 60% del valor total del contrato, estaban condicionados al cumplimiento de la obligación *"referente a la obtención de una calificación superior al 90% en la Certificación del Sistema de Calificación RUC"*, presupuesto que según la pasiva fue incumplida por la contratista.

Ahora, frente al pago de los honorarios y demás remuneraciones derivadas del contrato de prestación de servicios profesionales, cuya competencia corresponde a esta especialidad al dejarlo así establecido, el numeral 6 del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, cabe traer a colación la sentencia SL 2385 de 2018, en la que la Sala de Casación Laboral, adujo que el deudor o contratante, tiene la obligación de cubrir la cancelación de los honorarios pactados, siempre y cuando el acreedor haya cumplido con el objeto del contrato:

"Puesto en otros términos, para el caso de los contratos de mandato o de prestación de servicios profesionales de carácter privado, la cancelación de los honorarios pactados tiene la obligación por parte del deudor o contratante de cubrirlos, siempre y cuando el acreedor o contratista haya cumplido con el objeto del contrato, así como también debe tenerse de presente que las denominadas cláusulas penales, sanciones, multas, etc., hacen parte de las denominadas «remuneraciones», teniéndose en cuenta que las mismas constituyen la retribución de una actividad o gestión profesional realizada a la cual se compromete el contratista en defensa de los intereses del contratante, aun en los eventos de que por alguna circunstancia se impida que se preste el servicio, por consiguiente, desde esta perspectiva, también resulta competente el juez laboral para conocer del presente asunto."

Así las cosas, tenemos que al revisar el contrato de prestación de servicios, suscrito entre las partes en litigio, se corrobora que la contratista llamada "asesora" se obligó a favor del contratante, a prestar los servicios de asesoría para la implementación de un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo, enmarcado en el cumplimiento de la normatividad colombiana vigente, en especial el Decreto 1433 de julio del 2014 y la implementación para la certificación de las normas OSAS 18001 e implementación para la evaluación de la guía del sistema de seguridad y salud ocupacional y ambiente para contratistas, emitida por el Consejo Colombiano de Seguridad Social. Así mismo se previó que los honorarios eran equivalentes a \$7.800.000, pagaderos así:

- *La suma de \$2.340.000 correspondientes al primer 30% del valor del presente contrato, pagadero a más tardar el día 30 de mayo del 2015, mediante consignación a la cuenta de ahorros No. 20545826728 de Bancolombia a*

nombre de Andrea Alejandra Montoa Triana, comprometiéndose con el asesor a brindarle el servicio de asesoría profesional, bajo la implementación de un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo enmarcado en el cumplimiento de la normatividad colombiana vigente, en especial el Decreto 1433 de julio del 2014, implementación para la certificación de las normas OSAS 18001 e implementación de un sistema de gestión en seguridad, salud ocupacional y ambiente para contratistas, emitidas por el Consejo Colombiano de Seguridad Social CCS hasta la presentación de la auditoría con el ente evaluador y certificador.

- La suma de \$780.000 correspondientes al 10% del valor del presente contrato, una vez se culmine el proceso de implementación del sistema de gestión
- La suma de \$4.680.000 correspondientes al 60% del valor del presente contrato, siempre y cuando el resultado de la evaluación de la guía del sistema de seguridad en salud ocupacional y ambiente para contratistas en el que se evidencie un puntaje igual o mayor al 90% y la emisión de la certificación de la norma OSAS 18001 de conformidad con la norma auditada.

Adicionalmente en el mencionado acuerdo de voluntades, se acordó como obligaciones de la contratista las siguientes:

- Cumplir con el objeto del presente contrato.
- Prestar los servicios de asesoría bajo la modalidad de prestación de servicios.
- Documentar el sistema de gestión en un término de 45 días contados a partir del perfeccionamiento y firma del presente contrato.
- Brindar acompañamiento durante el proceso de Auditoría en el Consejo Colombiano de Seguridad Social, si la empresa así lo solicita.
- Estandarizar el sistema de Gestión, de tal manera que permita a la empresa SURGE S.A.S una calificación superior al 90% de la evaluación de la guía del sistema de seguridad, salud ocupacional y ambiente para contratistas, emitida por el Consejo Colombiano de Seguridad Social de cumplimiento de aspectos HSE evidenciables durante el proceso de auditoría y certificación de la norma OSAS 18001.

Entre tanto se estipuló como obligación del contratante:

- Prestar toda la colaboración que solicite EL ASESOR, asegurando la disponibilidad de recursos humanos, técnicos y financieros requeridos para la implementación del sistema de gestión.
- Brindar apoyo logístico durante el proceso de implementación.

Luego entonces, de lo anterior queda claro que, el pago del 60% del contrato, equivalente a \$4.680.000, estaba supeditado a que el resultado de la evaluación de la guía del sistema de seguridad en salud ocupacional y ambiente, tuviese un puntaje igual o mayor al 90% y la emisión de la certificación de la norma OSAS 18001. Frente a lo cual aduce, la entidad demandada que la contratista no logró dicho objetivo, razón por la que considera no debe pagar el mencionado porcentaje, mientras que la accionante asegura que el puntaje obedeció a que la información suministrada por la pasiva, referente a los accidentes de trabajo, fue falsa.

En este orden de ideas, se encuentra que al escuchar el interrogatorio de parte absuelto por la accionante, frente al puntaje obtenido dijo lo siguiente:

"El tema de accidentalidad requiere una gestión digamos frente al manejo que se hace del mismo accidente, desde la investigación, la lección aprendida y la implementación de ese plan de acción, ese plan de trabajo con el resto de los trabajadores que puedan estar expuestos a ese mismo riesgo, eso es como se gestiona un accidente, para uno hacer eso, uno necesita pues tiempo, conocer la información y tenerla a la mano, cuando yo llegué a la empresa era el año 2015 y estamos hablando de accidentes del 2012, que ni siquiera las personas que tenían en la empresa conocían.

Cuando yo llegué a la empresa y en el contrato quedó estipulado, yo debía trabajar con un equipo que el señor Andrés conformó y me dijo - este es su equipo para que trabaje- porque el tiempo era muy corto, 45 días duró la asesoría y esas personas tampoco conocían, no sabían quiénes eran los accidentados, qué pasó, cuál fue el accidente y solamente 8 días antes de la auditoría, cuando nos hicieron el ejercicio de pre auditoría, porque estábamos certificando una norma internacional que es OSAS 18001, esa norma exige que 10 días, 8 días antes de la auditoría, digamos en forma, hagan una auditoría, el auditor nos visitó 8 días exactamente antes de la auditoría y a él si le entregaron la certificación de la ARL.

(...)

Ellos me decían que la ARL no les había dado respuesta, que ellos insistían, hasta cuando yo llegué con la empresa SURGE, ellos no tenían el contacto continuo con la ARL porque no habían implementado su sistema de salud y seguridad en el trabajo, no contaban con un asesor, no contaban con una persona pendiente de ellos y a raíz de esa auditoría y de ese ejercicio, ellos finalmente tenían un asesor que les ayudaba como a resolver esas dudas, pero hasta ese momento, lo que ellos me

decían, era que ellos ya habían solicitado,, que no les llegaba la información, sin embargo, insistían en que no había nada y que estaban en ceros"

Mientras tanto el Representante Legal de la compañía accionada, preciso en su interrogatorio, que no entregó la documental mencionada, porque no fue peticionada por la contratista:

"Nosotros no somos profesionales del tema y no sabemos más exactamente cuáles son los puntos que agreden exactamente la puntuación del RUC, por tal motivo, la persona que conoce el tema, es la persona que nosotros contratamos y ella nos debió haber solicitado ese documento por escrito, junto con los demás, para que nosotros se lo entregásemos, sin ese documento, no debió haber firmado ningún contrato, según mi criterio, ya que el tema profesional es de ella."

Por otra parte al revisar el sistema de calificación RUC 2015, efectuado por el Consejo Colombiano de Seguridad, se evidencia que el puntaje total fue de 88%, que comprendía los siguientes ítems:

1. LIDERAZGO Y COMPROMISO GERENCIAL:	100%
2. DESARROLLO Y EJECUCIÓN DEL SSOMA:	97%
3. ADMINISTRACION DEL RIESGO:	82%
4. EVALUACION	95%
5. IMPACTO DE ACCIDENTALIDAD	66%

Luego, considera esta Sala de Decisión, y tal como ya se mencionó, como quiera que el pago del 60% del contrato, equivalente a \$4.680.000, estaba supeditado a que el porcentaje del sistema de calificación RUC 2015, fuera del 90%, empero dado que el mismo fue de 88%, se establece que no hay lugar al pago del mencionado valor al no cumplirse con la condición pactada por las partes y estipulado en el contrato, sin que los fundamentos alegados por la contratista tenga soporte alguno para acceder a la súplica enunciada, en la medida que según lo manifiesta la misma demandante tanto en la demanda como en el interrogatorio, 8 o 10 días, antes de calificación le fue entregada la información emitida por la ARL, pero considera que no fue oportuna.

Adicionalmente en el interrogatorio de parte, señaló que la información suministrada por la ARL era fundamental para la calificación: *"Como le comentaba*

*el designó desde el principio de la gestión a un equipo de trabajo, estaba conformado por tres personas de su entera confianza, según me lo manifestó y con esas tres personas yo tenía contacto continuo, directo, sobre todo el ejercicio de la auditoría, tanto por correo, personalmente, en reuniones, **yo les decía que para mí era muy importante el tema, de las certificación de la ARL, porque es un debe de la auditoría, es un requisito que cuando está en auditoría sino no lo tiene, pues no te van hacer la auditoría, pero como le comento solo 8 días de la auditoría, fui informada de la notificación de la ARL POSITIVA.***

Pese a que dicho documento se requería y era fundamental en temas de auditoría, según lo afirma la misma demandante, no existe gestión alguna por parte de la contratista encaminada a obtener este tipo de documentación, máxime cuando el mismo representante indicó que no había sido requerido por la actora, además nótese que la accionante aduce que inclusive antes de la cotización del servicio, solicitó la mencionada información, sin que se encuentre soporte alguno al respecto, quedándose en una simple manifestación: *"La información siempre fue solicitada por la DEMANDANTE, a la empresa SURGE SAS, INCLUSO ANTES DE LA COTIZACION DEL SERVICIO,, y durante la realización del contrato" (folio 67).*

A lo que se agrega que la demandante a sabiendas que se requería la certificación de la ARL, solo se supeditó a la información entregada por la empresa: *"Con la información suministrada por la organización SURGE SAS para el diagnóstico inicial de la organización y posteriormente plasmada en el cronograma de actividades de implementación se hace evidente la necesidad de tener claridad sobre las estadísticas de accidentalidad, enfermedad laboral y todo lo concerniente a indicadores del sistema de gestión integral de la organización por lo que se asigna la responsabilidad de suministrar toda la información a la mi (sic) DEMANDANTE a la funcionaria señora NATHALY RODRIGUEZ de suministrar las estadísticas de accidentalidad, ausentismo y enfermedad laboral de la organización durante los 10 primeros días del desarrollo del cronograma"*

Ahora, al revisar la calificación realizada por el Consejo Colombiano de Seguridad, se determina que hubo un 82% frente al ítem denominado "ADMINISTRACION DEL RIESGO" y 66% en aquel llamado "IMPACTO A LA

ACCIDENTALIDAD", mientras que en la parte de descripción del hallazgo, se catalogó con un puntaje menor, los siguientes:

"Se evidenció que el procedimiento "Gestión de compras y proveedores" P-COM-001 versión 2 no establece requisitos en SSTA que debe cumplir para su selección, contratación y evaluación.

Se evidencio que en el examen médico realizado al Señor Jesús de la Hoz por la IPS Jessed en Abril 22 de 201 no se le realizo espirometrias y al Señor Francis Sepúlveda no se realizó audiometria y visiometrias que son evaluaciones requeridas en el profesíograma.

Se evidencio que en el botiquín de primeros auxilios disponible en el proyecto visitado en Sika Colombia SAS se tiene Pomada Sulfaplata y Sales de hidratación que no son elementos aprobados para botiquines de primeros auxilios de acuerdo con la resolución 705 de 2007"

Se evidencio que se investigó el accidente ocurrido el 7 de abril de 2015, Se generó acciones correctivas pero no se evidencia que se haya realizado seguimiento y verificación de la eficacia de las acciones"

De lo anterior se concluye que, el reporte de accidentes, así como el tratamiento o seguimiento dado a los mismos, no fue el único motivo que conllevo a restarle a la calificación, sino que existieron otras situaciones, que inclusive no fueron mencionadas por la actora, y que podía prever desde el inicio de su gestión, como aquel reparo del botiquín de primeros auxilios y exámenes médicos de ciertos trabajadores.

De esta forma, los argumentos expuestos por la accionante, relacionados a que no le suministraron una información veraz y oportuna sobre las estadísticas de accidentalidad, no fue lo que conllevo en sí, a obtener el puntaje enunciado, máxime cuando la información le fue entregada 8 o 10 días antes de la calificación, por lo que al no cumplirse con la condición plasmada en el contrato de prestación de servicio, no hay lugar al pago del porcentaje citado, debiéndose revocar el literal b del numeral segundo de la sentencia, así como el tercero, referente a los intereses moratorios frente a este condena.

COSTAS.

Sin costas en la alzada

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL LITERAL B DEL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **ABSOLVER a SURGE SAS** de lo condena correspondiente al 60% de los honorarios pactados, equivalente a \$4.680.000, según se expuso.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL TERCERO de la sentencia recurrida, en el entendido de **ABSOLVER a SURGE SAS** de los intereses moratorios sobre la suma mencionada en el literal b del numeral 2, según se expuso.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500820180054401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500820180054401)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500820180054401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 39-2020-00049-01**

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: VILMA JANNETT CLAVIJO CUERVO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de diciembre del 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada DIANA MILENA ROMERO VELA con tarjeta profesional No. 263.206 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.6). La apoderada de la parte demanda Colpensiones presentó alegaciones por escrito según lo ordenado en auto del 25 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) VILMA JANNETT CLAVIJO CUERVO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada (fl. 6 del

Archivo 01 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES:

1. Que se declare la nulidad del traslado de Vilma Jannett Clavijo Cuervo del Régimen de prima media al régimen de ahorro individual.
2. Que se ordene a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver al Régimen de prima media todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus rendimientos e intereses.
3. Que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a continuar con la afiliación de la demandante en el Régimen de prima media.
4. Que se condene a las demandadas al pago a favor de la demandante de las sumas de dinero con la correspondiente indexación.
5. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contestaron la demanda: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (archivos 08 y 13 del expediente digital) y la AFP PROTECCIÓN SA (archivos 04 y 12 del expediente digital), de acuerdo al auto del 25 de octubre de 2021 (archivo 09 del expediente digital). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO 39 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 13 de diciembre de 2021, **DENEGÓ** las pretensiones de la demanda incoada por la señora **VILMA JANNETT CLAVIJO CUERVO** en contra de las demandadas. **CONDENÓ** en costas a la parte demandante, incluyendo en la liquidación la suma de \$300.000 como agencias en derecho para cada una de las demandadas. **ABSOLVIÓ** a

COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A de las pretensiones incoadas en su contra por VILMA JANNETT CLAVIJO CUERVO.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, en los siguientes términos:

1. DEBER DE INFORMACIÓN: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no comparte el concepto que aborda el Juzgado de primera instancia, toda vez que se niegan las pretensiones de la demanda en razón a que hubo una re asesoría y hay un formato que la misma demandante firmó. Sin embargo, indica que inicialmente cuando se ocasionó el traslado del régimen con la mera firma de un formato, esta no es una prueba eminente en la que se haya probado que a la demandante le hayan realizado una asesoría para dicho traslado, más aún cuando de cierta forma hubo una coerción por parte de la entidad, por cuanto se le indicó que el ISS se iba a terminar y que prácticamente era como si se fueran a quedar sin fondo en el cual sus afiliados pudieren cotizar.

Por lo tanto, sostiene que desde ese momento es que se evidencia que la asesoría fue totalmente errada, que no fue clara al indicarle a la demandante que beneficios ella podía tener tanto en un régimen como en el otro, sino simplemente bajo la indicación de que se iba a terminar el seguro social y también desde ese momento se evidencia claramente que la asesoría no fue clara y consciente para que la demandante hubiera podido tener mayor claridad en ese momento de qué beneficios hubiere podido obtener en un régimen o en el otro.

Además, solicita que se tenga en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL-452 de 2019, en los siguientes términos:

"La ley 100 de 1993 necesariamente presupone conocimiento, lo cual es posible alcanzar cuando se sabe de plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, de esta forma la Corte ha dicho que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la evidencia que aquella pueda tener sobre sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las

administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

(...)

Por su parte, la transferencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora a través del promotor de servicios o asesor comercial dar a conocer al usuario en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencia y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transferencia impone la condición de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobre dimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro. Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores opciones del mercado.

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y formadas en la ética del servicio público. Con estos argumentos 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 asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiper regulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la

esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados. Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de poder tomar decisiones informadas.»

Finalmente, afirma que, es así como queda evidenciado que con el material probatorio que se indicó con el interrogatorio de parte, a la demandante no le fue clara y precisa dicha información cuando hubo esa asesoría e incluso en la re asesoría, pues nótese que cuando en el interrogatorio de parte, ella indica que no se acuerda, si por el contrario hubiese sido clara y precisa esa información, tendría mayor claridad al momento de responder que si tenía claro esa simulación que fue aportada con ese formato en la re asesoría.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN SA efectuado por el (la) señor (a) VILMA JANNETT CLAVIJO CUERVO el día 6 de mayo de 1999; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCIÓN SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN S.A, el 06 de mayo de 1999, efectivo a partir del 01 de julio de 1999. (fl. 29 del archivo 02 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1- La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del Decreto 720 de abril 6 de 1994.

Posteriormente mediante sentencia de Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir, que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2- La línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así

lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3- Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, que por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar *ad portas* de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que, ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que, a su vez, trajo a colación las sentencias SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente, los fondos demandados en la contestación de la demanda, COLPENSIONES aportó: expediente administrativo de la demandante en medio magnético. PROTECCIÓN SA aportó: formulario de vinculación del año 1999, certificado SIAFP, resumen de historia laboral emitida por la oficina de bonos pensionales, historia laboral de fecha 07 de enero de 2021, comprobante de reasesoría pensional realizada a la demandante que data del 10 de julio del 2012, simulación pensional de simulador pensional ASPEN de fecha 09 de julio del 2012, reporte de estado de cuenta de pensiones obligatorias, respuesta a derechos de petición, comunicado de prensa del año de gracia, políticas para asesorar y vincular

personas naturales a Protección, concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015,

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 6 de mayo de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Y si bien es cierto, la demandada PROTECCIÓN S.A, asegura que la demandante recibió una reasesoría en el año 2012 antes de cumplir los 47 años, en la cual se le explicaron las ventajas y desventajas de continuar afiliada al RAIS y/o de trasladarse al RPM, no es menos cierto, que ese traslado al régimen de prima media nunca se materializó, razón por la cual no es de recibo que la AFP PROTECCIÓN se escude en este documento y en la simulación realizada en este año para eximirse de la responsabilidad que tenía en acreditar y aportar pruebas que efectivamente condujeran a demostrar la correcta asesoría que debió haberle brindado a la demandante al momento de su traslado de régimen, es decir el 06 de mayo de 1999.

Claramente para el momento del traslado el 06 de mayo de 1999, el (la) demandante tenía 541,29 semanas cotizadas (fl. 30 del archivo 01 del expediente digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 12 de agosto de 1965 – fl. 38 del archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podría pensionarse en el RPM en el año 2022, toda vez que actualmente tiene más de

1.381 semanas cotizadas– (fl.33 del archivo 04 del expediente digital) en cambio, en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes, tendría que negociarlo en la bolsa disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual, para este caso, no hizo la AFP PROTECCIÓN S.A en el momento debido.

Tal y como se mencionó en precedencia, aunque el argumento del a quo para decidir negar la ineficacia del traslado se fundamentó en la re-asesoría brindada

por Protección S.A a la demandante en el año 2012, este argumento no es de recibo, pues la carga probatoria se queda corta al demostrar que una asesoría de este tipo -por ejemplo, acompañada de una simulación pensional que le permitiera al afiliado hacerse un panorama real de las ventajas y desventajas que podía tener en un régimen u otro- fue la que no se efectuó en el año de 1999, cuando la demandante decidió realizar su primer y único traslado a la AFP Protección S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó Protección el 06 de mayo de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que Protección S.A no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora VILMA JANNETT CLAVIJO CUERVO del

ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN S.A el 6 de mayo de 1999, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración; y **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2021 por el Juzgado 39° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora VILMA JANNETT CLAVIJO CUERVO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN S.A el 6 de mayo de 1999, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y **gastos de administración**; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310503920200004901)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920200004901)

Aclaro Voto



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920200004901)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado Ponente: Dr. MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-039-2020-00049-01.

VILMA JANNETT CLAVIJO CUERVO contra
COLPENSIONES Y OTROS.

Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, y atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, al atender lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las

sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'D.A.J. CORREA STEER', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Data ut supra