

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ RÓBINSON MARÍN BELTRÁN CONTRA
ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES TV Y CIA. LTDA. Y OUTSOURCING
SERVICIOS Y APOYO EMPRESARIAL S.A.S.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de julio de 2021. En ella, se ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones incoadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ RÓBINSON MARÍN BELTRÁN presentó demanda contra ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES TV Y CIA. LTDA. y OUTSOURCING SERVICIOS Y APOYO EMPRESARIAL S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido con la primera de ellas, entre el 16 de julio de 2013 y el 20 de enero de 2014, así como la inexistencia de relación laboral con la última. En consecuencia, pide que se condene al verdadero empleador al pago del auxilio de cesantías y sus intereses para el año 2013, la prima de servicios proporcional, la compensación en dinero de 7,66 días de vacaciones, la retribución por 240 horas extras laboradas, las

indemnizaciones por falta de pago al finalizar el vínculo y por despido sin justa causa y la indexación de los valores a los que haya lugar.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 16 de julio de 2013 se vinculó con ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES TV Y CIA LTDA, mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido, en cuyo desarrollo percibió una remuneración mensual de \$1.350.000 por la labor de *pintor de escenografías* en el horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 6:00 p.m. y sábados y domingos o festivos de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. Agregó que, al solicitar una certificación laboral, fue respondida por OUTSOURCING SERVICIOS Y APOYO EMPRESARIAL S.A.S. quien se identificó como su empleador desde el 16 de julio de 2013, con un salario mensual de \$1.200.000 más una bonificación de \$300.000, según la cual era trabajador en misión para ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES TV Y CIA. LTDA., en el cargo de *auxiliar de escenografías*, lo cual es contrario a la realidad, pues previo a la mentada certificación desconocía la existencia de OUTSOURCING SERVICIOS Y APOYO EMPRESARIAL S.A.S. con quien no suscribió contrato laboral alguno. Por último, manifestó que el vínculo fue terminado por su empleador de manera unilateral y sin justa causa el 20 de enero de 2014, fecha a partir de la cual suscribió contrato con ALIANZA ENLACE TEMPORAL, el cual continua vigente al momento de presentar la demanda (archivo único folios 2 a 8 y 27 a 32).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES T.V. Y CIA LTDA mediante apoderada, quien negó los hechos y se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que no tuvo vínculo laboral alguno con el demandante pues la relación, según los anexos de la demanda, se dio con otra persona jurídica, lo cual también se evidencia de lo reportado en la página de internet de *Arsus Su Aporte Virtual*. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, falta de causa y cobro de lo no debido por parte del demandante, inexigibilidad de la obligación, buena fe y genérica* (archivo único folios 61 a 70 y 86 a 87).

A través de curador *ad litem*, OUTSOURCING SERVICIOS Y APOYO EMPRESARIAL S.A.S., contestó la demanda. Manifestó no constarle los hechos y estarse a lo resuelto en el trámite respecto de lo pretendido, con base en que el único pedimento dirigido en su contra se encamina a declarar la inexistencia de una relación laboral con el demandante. Propuso como excepciones de fondo: *falta de legitimación en la causa por pasiva y la genérica e innominada* (archivo único folios 107 a 111).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de julio de 2021, en la cual la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones incoadas, y se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación reclamada. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“ABSOLVER a las demandadas ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES T.V. Y CIA. LTDA., así como OUTSOURCING SERVICIOS Y APOYO EMPRESARIAL S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante. SEGUNDO: Se declararan probadas las excepciones (sic) de inexistencia de la obligación reclamada. TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, dentro de las que deberá incluirse, por concepto de agencias en derecho, la suma de cien mil pesos (\$100.000). TERCERO (sic): Si no fuera apelado, consúltese con el Superior”* (Audiencia virtual del 7 de julio de 2021 - Min. 27:24).

Para tomar su decisión, la Juez encontró que el material probatorio allegado es insuficiente para acreditar la prestación personal de servicios del actor a favor de ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES T.V. Y CIA. LTDA. Las pruebas documentales allegadas indican una eventual relación laboral con OUTSOURCING SERVICIOS Y APOYO EMPRESARIAL S.A.S. pero la falta de pruebas tampoco permiten determinar la prestación del servicio a favor de esta última sociedad ni los extremos temporales de dicha relación.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante manifiesta que el contrato verbal de trabajo se acreditó con las diversas circunstancias probadas durante el trámite, como lo es la existencia de un carné que demuestra la vinculación del demandante como empleado de ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES T.V. Y CIA. LTDA., y las declaraciones testimoniales, sin que fuera necesario que los testigos se desplazaran al lugar de trabajo para verificar lo afirmado en la demanda. Considera que la existencia de una certificación laboral inexacta y no ajustada a la realidad demuestra que se está enmascarando la verdadera relación laboral, usada por la demandada para desatender sus obligaciones laborales con el demandante (Audiencia virtual del 7 de julio de 2021 - Min. 28:15)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La controversia que puede estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir si se acreditó o no la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES T.V. Y CIA. LTDA.

Para resolverla son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a*

¹ “Señoría, solicito se me conceda el recurso de apelación. Mi... mi sustento se basa, fundamentalmente, en que a pesar de que en el plenario existe plena... identificación de los elementos que conllevan a que entre el, mi mandante y el demandado existiera un contrato laboral, la dificultad precisamente está en que es de carácter verbal y un contrato de carácter verbal necesariamente tiene que estar eh... apoyado en algunas circunstancias, las cuales se vieron durante todo el desarrollo de nuestro proceso. No se puede desconocer la... el valor probatorio que tiene el carné que fue entregado inicialmente a mi mandante, ¿ese carné que implica? Que necesariamente hubo una relación laboral. El... en cuanto a la situación que se da con los testigos ellos se limitan a decir que efectivamente conocen una relación entre mi mandante y la demandada difícilmente una persona se va a desplazar al sitio de trabajo de alguien que sencillamente le comenta que... que existe esa relación laboral eh... igualmente el... el hecho de que le haya sido entregado o le haya sido entregada a mi mandante un certificación que a todas luces era inexacta y que no correspondía a una realidad está enmascarando una situación real laboral entre mi mandante y... y la... y la demandada, ellos se basaron en ese documento única y exclusivamente con el fin de desatender las labo... las... las obligaciones laborales que tenía a su cargo y en favor de mi mandante considero señoría que la... la sentencia proferida por su despacho en el día de hoy eh... no tuvo en cuenta lo que acabo de señalar anteriormente eh... y por lo tanto le solicito a usted que me conceda el... el... el derecho de... el recurso ordinario de apelación, gracias señoría”.

prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración", disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*. Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador.

Sin embargo, para que la presunción legal de subordinación opere se requiere la prueba del hecho que la genera: la prestación de un *servicio personal* de quien alega la existencia del contrato de trabajo en favor de la persona a quien llama al proceso como su empleador.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues tal como lo señaló el juez, el demandante no cumplió con la carga de demostrar la prestación de un servicio personal en favor de ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES T.V. Y CIA LTDA.

Sobre esta materia, se allegó la copia de un carné que (archivo único folio 20), que resulta insuficiente para entender la existencia de un servicio personal (es

decir prestado por él mismo) en favor de la sociedad llamada al proceso, menos aun se obtienen de dicho documento los extremos temporales de una eventual relación (el referido documento se limita a señalar una fecha de vencimiento del "31 DICIEMBRE 2014"). Los demás documentos obrantes en el plenario dan cuenta de servicios prestados para OUTSOURCING SERVICIOS Y APOYO EMPRESARIAL S.A.S. a saber: la certificación laboral suscrita del 15 de enero de 2014, en la cual se indica que el actor se encontraba vinculado a ésta desde el 17 de julio de 2013 (archivo único folio 21), las planillas de aportes a seguridad social de agosto a diciembre de 2013, en las que se registra dicha sociedad como empleadora (archivo único folios 77 a 81).

No resultan útiles en esta materia (probar la prestación de un servicio personal en favor de la sociedad traída ajuicio) los testimonios de JOSÉ BENEDICTO MARTÍN² y ALEXANDER GUTIÉRREZ SÁNCHEZ³, amigos del demandante, pues no tuvieron un conocimiento directo de los hechos que narraron, no lo vieron prestar el servicio, ni estuvieron en el lugar de trabajo; reconocieron haber declarado sobre hechos que el propio demandante les narró en virtud de su relación de amistad. El primer testigo no pudo recordar el nombre del presunto empleador, y el segundo refirió un lugar de trabajo (Fontibón) diferente al que adujo el actor en el interrogatorio de parte (Calle 80 con Av. 68)⁴.

Por el resultado del recurso las COSTAS en la apelación corren a cargo del demandante.

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

² Audiencia del 30 de julio de 2019 – Min. 50:07.

³ Audiencia del 30 de julio de 2019 – Min. 56:19.

⁴ Audiencia del 30 de julio de 2019 – Min. 35:00.

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ MONTES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y LA UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –
UGPP (litisconsorte cuasinecesaria).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 12 de agosto de 2021 por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a la doctora Jennifer Ximena Lugo Rojas, quien se identifica con T.P. 283.299, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -

COLPENSIONES, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ MONTES presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido en febrero de 1998, con fundamento en que no estuvo precedido por el suministro de una información adecuada y completa por parte la AFP PORVENIR S.A., pues le indicó únicamente las ventajas mas no sobre las desventajas del mismo. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene a la AFP el traslado de la totalidad de los aportes con sus rendimientos (ver demanda en archivo 01 folios 4 a 18).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con base en que la afiliación entonces efectuada con HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre, voluntaria y sin presiones, una vez se le informaron las características, ventajas y desventajas de cada régimen, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente, sin que sea dable que 20 años después reclame un vicio en el consentimiento sin sustento probatorio alguno. Agregó que al momento del traslado cumplía con los requisitos legales para el efecto y ahora se encuentra incurso en prohibición de traslado por estar a menos de 10 años de adquirir la edad de pensión y no cumplir los requisitos de las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de*

obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica (ver contestación en archivo 01 folios 83 a 93).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que dicha entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que el traslado al RAIS se efectuó desde CAJANAL, hoy UGPP, entidad que debe recibir a la demandante, en caso de prosperar la declaratoria de nulidad. Agregó que, se debe tener en cuenta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en el Ley 797 de 2003 y no es beneficiaria del régimen de transición. Resaltó que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria sin que se acredite vicio alguno en su consentimiento, al punto que permaneció en el RAIS por más de 20 años, lo que da cuenta de su voluntad de continuar en dicho régimen. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 157 a 166).

Por medio de auto dictado en audiencia del 20 de noviembre de 2019, esta Sala dispuso la vinculación de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, en calidad de litisconsorte cuasinecesaria (ver archivo 08 y folios 208 y 209 del archivo 01).

En consecuencia, la referida entidad contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, por considerar que corresponde a COLPENSIONES recibir el traslado de la demandante en caso de declarar la nulidad, pues la UGPP únicamente está facultada legalmente para reconocer y administrar derechos pensionales de servidores públicos de entidades públicas del orden nacional en proceso de liquidación. Agregó que en todo caso el traslado se dio sin su participación y fue efectuado por la actora de manera libre y voluntaria, sin que sea dable exigir de manera retroactiva el deber de asesoría a las AFP, creado

posteriormente. Propuso como excepciones de mérito: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales y prescripción* (ver contestación en archivo 01 folios 273 a 267¹).

Terminó la primera instancia con sentencia de 12 de agosto de 2021, mediante la cual la Juez Segunda (21) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por la señora MARÍA DE PILAR RODRÍGUEZ MONTES identificada con C.C. No. 32.663.319 al RAIS, realizado el 14 de febrero de 1998, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, MARÍA DE PILAR RODRÍGUEZ MONTES, tales como cotizaciones, los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones, durante (...) la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en los seguros previsionales y los emolumentos que hubieren sido descontados y que reposaran en su cuenta de ahorro individual, a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA*

¹ Al ser escaneado por el Juzgado, el archivo 01 no conservó el orden del expediente físico, pues del folio 147 (220 digital) pasa al 185 (221 digital) y desde ahí va en orden descendente hasta el folio 148 (275 digital).

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de la demandante, MARÍA DE PILAR RODRÍGUEZ MONTES, efectuada el 13 de marzo de 1991, en el régimen de prima media con prestación definida, por lo que deberá incluir dicha información en sus bases de datos y sistemas de información. CUARTO: Declarar NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: ABSOLVER a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. SEXTO: CONDENAR en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) SMLMV. SÉPTIMO: Si no fuere apelado el fallo, CONSÚLTESE con el Superior (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2021 – archivo 14 Hora 1:16:57).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual la demandada funda su defensa. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante respecto de la información que habría recibido al momento de la afiliación. Por último, señaló que COLPENSIONES debe recibir a la demandante, pues conforme al artículo 4 del Decreto 2196 del 2009, es responsable por los afiliados que tenía CAJANAL como administradora del RPM.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, COLPENSIONES, a través de su apoderada, pide que se revoque la decisión, pues se debieron valorar los documentos allegados y lo dicho por la demandante en interrogatorio, conforme a los cuales se acredita o al menos existe indicio de la asesoría previa al traslado, sin que sea dable exigir

documental adicional al formulario de afiliación, en aplicación de normas posteriores (Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015), lo cual vulnera el debido proceso de las AFP. Agregó que la demandante no es una persona *lega*, pues al ser abogada debe tener conocimientos básicos sobre derecho contractual y de seguridad social, que la hacían consciente de las consecuencias de la suscripción del formulario de afiliación y tuvo la oportunidad de buscar asesoría para ampliar la información recibida, como en efecto sucedió en 2009, cuando el ISS le informó acerca de las características de los regímenes pensionales y le indicó que no se encontraba inmersa en alguna prohibición legal para el traslado, el cual debía solicitar a la AFP donde se encontraba vinculada, pese a lo cual se limitó a elevar solicitud a PORVENIR S.A. en 2012 para solicitar documentos y proyecciones pensionales, actuación que en últimas corresponde a un acto de relacionamiento con el cual la accionante reconoció que dicha entidad era la administradora de sus aportes pensionales, sin que entonces hubiera solicitado el traslado y, ahora que se encuentra inmersa en la prohibición para el efecto, recurre al presente trámite. Resaltó que no puede hablarse acerca de que un régimen sea mejor que el otro, pues la legislación los reguló de manera diferente, por lo que cada uno tiene sus beneficios y desventajas. Finalmente, solicitó no se condene en costas a la entidad, pues es un tercero de buena fe frente a la relación entre PORVENIR S.A. y la demandante (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2021 – archivo 14 Hora 1:19:10).

PORVENIR S.A., a través de su apoderado, también interpuso recurso en que pidió que se revoque la decisión en su integridad, por considerar que el precedente jurisprudencial referido por el *a quo*, no se debe aplicar de manera objetiva, sino que se deben analizar las circunstancias del caso concreto, pues en el asunto bajo estudio la demandante es abogada y ejerce como Juez, por lo que es conocedora de las leyes y, de ser el caso, cualquier vicio del consentimiento quedó saneado por haber hecho caso omiso a la información proporcionada en 2009 por el ISS, pues luego continuó haciendo aportes a dicha entidad de manera libre y voluntaria. Agregó que si bien es dable aplicar la norma más favorable al trabajador, ello debe hacerse de manera

inescindible, por lo que no es dable declarar la ineficacia de la afiliación y, simultáneamente, ordenar la devolución de los rendimientos y gastos de administración, los cuales, como mínimo, debieron ser compensados, máxime, cuando se benefició del RAIS por más de 20 años de afiliación. Así mismo, se debe tener en cuenta que el porcentaje de los gastos de administración también habría sido descontado por COLPENSIONES como administradora del RPM y que, al no formar parte del derecho pensional, son susceptibles de prescribir. Por último, refiere que, según el artículo 365 del CGP, la condena en costas es objetiva frente a todos los demandados vencidos en juicio, por lo que también se debió condenar a COLPENSIONES por este rubro y, en caso de proceder la absolución a los terceros de buena fe, dicho tratamiento también debió aplicarse a PORVENIR, quien no hizo parte del contrato entre la demandante y HORIZONTE, pues se limitó a asumir la responsabilidad por sus afiliados (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2021 – archivo 14 Hora 1:30:00).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones, la demandante tenía 36 años de edad y había prestado servicios por 329,86 semanas²; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años y 18 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años

² Ver certificado de información laboral expedido por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Cartagena en archivo 01 folios 25.

³ *Ibidem*.

de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver archivo 02 folio 12 y archivo 01 folio 55).

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

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido:

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR

S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues únicamente manifestó que en ejercicio de su labor como Juez Penal Municipal recibió a inicios de 1998 la visita de un asesor de HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., quien le indicó que podría adquirir una mejor pensión con esa entidad y no importaba la edad mínima para ello. Así mismo, manifestó que el 3 de junio de 2009 solicitó su traslado al ISS y a partir de entonces en su desprendible de nómina aparecía dicha entidad como a la que se efectuaban sus aportes a pensiones, así como posteriormente se registraba COLPENSIONES, pese a lo cual se enteró en febrero de la presente anualidad (2021) que la afiliación no había sido efectiva (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2021 Min 18:33). En ningún momento recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Ahora, contrario a lo señalado en las apelaciones, se advierte que se acreditó en el plenario que la demandante solicitó su afiliación al ISS el 3 de junio de 2009 (archivo 01 folios 48 y 51), frente a la cual dicha entidad se limitó a informar que adelantaría las gestiones pertinentes ante la AFP a la que se encontraba vinculada para el efecto (comunicación del 11 de junio de 2009, sin constancia de recibido - archivo 01 folios 52 y 53), trámite que fue negado

por la AFP HORIZONTE S.A. mediante oficio del 25 de octubre de 2012, sin constancia de notificación (archivo 01 folios 33 a 39), con fundamento en que para la fecha de la solicitud se encontraba incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003 y no era beneficiaria del régimen de transición, lo cual resulta concordante con las documentales allegadas, pues para entonces tenía 47 años de edad (nació el 5 de agosto de 1961 - archivo 02 folio 12) y no había cotizado más de 750 semanas antes del 1 de abril de 1994⁶. En cuanto a que debido a su calidad (abogada y Juez Penal) la accionante debía tener conocimiento sobre los regímenes pensionales y su regulación al momento del traslado, lo cierto es que ello no es más que una suposición o elucubración de las apelantes, que escapa a lo debatido en el presente trámite, pues ninguna de las pruebas allegadas ni practicadas respaldan tal afirmación, máxime cuando en interrogatorio de parte únicamente aceptó ser especialista en derecho penal, área en el que siempre ha trabajado, sin que advierta suficiencia alguna en conocimientos relativos al derecho de la seguridad social (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2021 Min 17:28).

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

Se resalta que, pese a que la demandante se encontraba afiliada a CAJANAL, el traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó la Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy

⁶ Ver certificado de información laboral expedido por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Cartagena en archivo 01 folios 25.

COLPENSIONES, y estableció que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley”*. Sobre la materia, también se debe señalar lo establecido en el Decreto 2527 de 2000, en el que se establece que las Cajas, Fondos, o entidades públicas continuaran reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

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

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

Finalmente, se confirmará la condena en costas a PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en archivo 01 folios 83 a 93), sin que dicha entidad se encuentre legitimada para cuestionar la falta de condena en costas en contra de COLPENSIONES, decisión que, en todo caso, podía tomar la juez de primera instancia de conformidad con la prosperidad de la demanda y el interés de las demandadas en el proceso (artículo 365 numerales 5 y 6 del CGP).

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

DECISION

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

RESUELVE

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

EXP. 02 2018 00264 02

María del Pilar Rodríguez Montes Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras

para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ÓSCAR ALFONSO JIMÉNEZ GONZÁLEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 3 de mayo de 2021 por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado

efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a los doctores Johana Alexandra Duarte Herrera, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., y Nicolás Eduardo Ramos Ramos, quienes se identifican con T.P. 184.941 y 365.094, para actuar como apoderados principal y sustituto de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder, el certificado de existencia y representación legal y el memorial de sustitución conferidos. Así mismo, téngase a la doctora Viviana Moreno Alvarado, quien se identifica con T.P. 269.607, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido.

De otro lado, **se acepta el desistimiento del recurso de apelación**, presentado por el apoderado de PORVENIR S.A. ante el *a quo* el 3 de mayo de 2021, en atención a que el escrito cumple los requisitos establecidos en el artículo 316 del CGP (archivo 10). **Sin costas** a cargo de dicha entidad, según lo dispuesto en el artículo 316 inciso 4º numeral 2 del CGP.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ÓSCAR ALFONSO JIMÉNEZ GONZÁLEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en mayo de 1994, así como los demás traslados ocurridos al interior de este último, con fundamento en que al realizar el cambio de régimen pensional se omitió la obligación de informar y asesorar con claridad, veracidad y suficiencia acerca de las ventajas y desventajas de su decisión, por lo que se le indujo a error, situación que se repitió en sus posteriores traslados. Como consecuencia de lo anterior pide que se valide la afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, y se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos en virtud de su afiliación, como cotizaciones, *bonos pensionales*, *sumas adicionales del asegurado*, frutos e intereses (ver demanda en archivo 01 folios 2 a 23, 94 y 95).

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó la demanda, mediante apoderado. Presentó oposición frente a las pretensiones dirigidas en su contra, en especial a la declaración de nulidad del traslado efectuado a dicha entidad desde otra

administradora del mismo régimen y, agregó, que brindó al demandante una asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones de trasladarse dentro del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, ventajas y desventajas, bonos pensionales, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y derecho de retracto, como lo refirió al suscribir el formulario correspondiente. Resaltó que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen, ratificaron su voluntad de permanecer en éste, lo cual desvirtúa el presunto engaño al que habría sido sometido para realizar el traslado. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 138 a 167).

También contestó la demandada la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, con base en que la vinculación del demandante se efectuó de manera libre y voluntaria, precedida de una clara, oportuna y objetiva asesoría acerca de las implicaciones de

permanecer en el régimen y sus diferencias con el RPM. Resaltó que, en todo caso, el cambio de régimen pensional no se dio a través de dicha entidad, pues previamente el actor se encontraba vinculado al RAIS a través de la AFP COLFONDOS. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa* (ver contestación en archivo 01 folios 172 a 204).

A su vez, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, también contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones propuestas, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., decisión ratificada por los posteriores traslados, sin que la información que echa de menos el demandante fuera exigible a las AFP previo a las exigencias legales establecidas a partir del año 2014. Agregó que el demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, sin que previamente hubiera hecho uso de la facultad de retornar al RPM ni se encuentre cobijado por lo dispuesto en la Sentencia SU-062 de 2010. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la*

obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica (ver contestación en archivo 01 folios 264 a 279).

Por último, pese a que PORVENIR S.A. fue debidamente notificada, allegó escrito de contestación de manera extemporánea (archivo 01 folios 312 a 344), razón por la cual el juzgador de primera instancia tuvo por no contestada la demanda por parte de dicha entidad, mediante auto del 11 de febrero de 2021 (archivo 01 folios 401 a 409).

Terminó la primera instancia con sentencia de 3 de mayo de 2021, mediante la cual la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación y traslado del demandante señor ÓSCAR ALFONSO JIMÉNEZ GONZÁLEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.694.544 al régimen de ahorro individual, realizado el 11 de abril del 94, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a la*

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante señor ÓSCAR ALFONSO JIMÉNEZ GONZÁLEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No.8.694.544 y que hubiere recibido producto de la afiliación del demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo la regla establecida en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, representada legalmente por su Presidente o quien haga sus veces, a recibir los aportes del accionante ÓSCAR ALFONSO JIMÉNEZ GONZÁLEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.694.544, en el régimen de prima media por (sic) prestación definida, administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados al demandante, como si nunca hubiese existido el traslado, en virtud del regreso automático. CUARTO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN y los demás medios exceptivos propuestos por las convocadas a juicio, conforme a lo expuse (sic) en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: DECLARAR que el demandante señor ÓSCAR ALFONSO JIMÉNEZ GONZÁLEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 8.694.544, al 11 de abril del 94 contaba con una expectativa legítima de adquirir su derecho pensional, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente

proveído. SEXTO: CONDENAR en costas a COLFONDOS S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes. SÉPTIMO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior” (Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 – archivo 08 Hora 1:29:22).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLFONDOS S.A. omitió el deber de información que tenía frente al accionante, ya que no le comunicó las condiciones para su expectativa pensional ni las consecuencias derivadas del cambio de régimen.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada afirma que no es procedente decretar la ineficacia del traslado de régimen pensional, para lo cual esgrime los mismos argumentos presentados en la contestación de la demanda, especialmente lo referente al deber de información que tenían las AFP en el momento del traslado ocurrido antes del año 2014, la ratificación de la afiliación del actor al RAIS con los posteriores traslados al interior de dicho régimen, y la descapitalización que las declaraciones de ineficacia acarrearán para el RPM. En adición, refiere que la responsabilidad de la ineficacia recaería únicamente en las AFP y no en COLPENSIONES, razón por lo cual

deben ser aquellas quienes respondan por los pretendidos perjuicios. Así mismo, solicitó que en caso de confirmar la decisión se disponga la devolución de todos los aportes, rendimientos y gastos de administración, debidamente indexados (Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 – archivo 08 Hora 1:32:12)¹.

¹ “Gracias su señoría, siendo el momento procesal oportuno, me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia antes proferida y ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en los siguientes términos: en primer lugar no es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual efectuado por el demandante el 11 de abril del año 1994 y declarar consecuentemente que se encuentra abili..., afiliado al régimen de Prima Media y por lo tanto que se tenga a Colpensiones como su socie..., aseguradora para los riesgos de invalidez, vejez y muerte toda vez que en virtud de las pruebas arrojadas al proceso se evidencia que el demandante el señor ÓSCAR Alfonso se encuentra válidamente afiliado al, al régimen de Ahorro Individual al sus al suscribir de manera voluntaria consiente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Colfondos además debe dejarse presente que el accionante luego se afilio en el mes de marzo de 1996 a la AFP Protección después en el mes de de septiembre del 2012 a la AFP Porvenir S.A. y luego retorno a la AFP Protección en el año 2014 donde actualmente se encuentra afiliado, así manifiesta y ratifica sus decisiones de haberse trasladado de régimen pensional eh por otra parte resulta procedente mencionar que el sistema general de pensiones busca garantizarle la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez invalidez y la muerte mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, es decir que el sistema general de pensiones busca proveerles a sus afiliados la posibilidad a través de cualquiera de los regímenes en el dispuestos sean cobijadas todas estas contingencias que puedan llegar a afectar sus condiciones de vida, siendo estas como ya lo mencione, vejez, invalidez y muerte, por lo anterior el sistema general de pensiones a dispuesto a sus afiliados distintas clases de regímenes para que de acuerdo con las condiciones y beneficios que ofrezca cada una de ellas frente a las diferencias, diferentes contingencias decidan acogerse al régimen que más les convenga, argumento que se sustenta en los literales b y e del artículo 13 de la ley 100 del 93, este ultimo que fue modificado por el articulo 2 de la ley 797 y que es, dispone la libre escogencia en, establece que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o el traslado, los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, la libertad de escogencia al régimen en materia pensional es según sentencia C-1024 del 2004 proferida por la Corte Constitucional magistrado ponente Rodrigo Escobar, un dere..., un derecho de rango legal y no de origen constitucional y su regulación se encuentra en

cabeza del legislador, siendo su deseo el otorgarle la facultad a cada afiliado de escoger el régimen de su conveniencia además en el artículo 2 de la ley 797 del 2003 anteriormente mencionada se determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años compa..., contados a partir de la selección inicial sin embargo y por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional esta misma norma limitó ese derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la pensión salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada de vigencia del sistema general de pensiones, para quien se conservó el derecho a regresar al régimen de Prima Media en cualquier momento. Ahora bien sobre la constitucionalidad de las anteriores restricciones se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-1024 del 2004 cuyo reprodujo en lo pertinente la sentencia C-062 del 2010 en dichos fallos manifestó lo siguiente: el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de Prima Media que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo tanto no fueron tenidas en consideración en la realización de cálculo actuarial para determinar las sumas re, que representan el futuro, el pago de sus pensiones y su reajuste económico pudiesen trasladarse de régimen cuando estuvieran próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez lo contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la posesión del resto de cotizantes, desde esta perspectiva dice la Corte Constitucional que el régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de todos los afiliados para que una vez cumplido los requisitos de edad y semanas puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizada, permitir que una persona próxima en la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiado por las cotizaciones de los demás resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad sino también al principio de eficiencia pensional el cual consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros del sistema general de pensiones, por lo tanto se tiene que la solicitud del traslado de régimen de prima media se..., se presentó ante Colpensiones el 31 de julio 2018, y al verificar la cedula de ciudadanía se tiene que para aquella data el demandante contaba con 59 años de edad cumpliéndose así que el demandante está próximo a cumplir la edad requerida para obtener el derecho al estatus pensional encontrándose en la prohibición legal que preceptúa el ya mencionado artículo 2 de la ley 797 del 2003 y continuando en con dichos argumentos lo que se ha venido exponiendo en el presente en la en los presentes alegatos se hace necesario mencionar las disposiciones que frente al tema se encuentran reguladas en el decreto 692 del 94, el cual regula reglamenta parcialmente la ley 100 del 93 en cuyo artículo 11 dispuso lo siguiente: diligenciamiento y selección y vinculación: la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las pensión de vejez, invalides, y sobrevivientes, y además presta, y demás prestaciones económicas a que allá lugar, las selección de uno o de cualquiera de los regímenes previsto en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado, es decir que mediante al derecho la libre escogencia al régimen en materia pensional el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este

no es un argumento, un argumento suficiente para alegar la ineficacia del traslado entre regímenes además la normatividad que regula el RAIS se encuentra establecida en el título 3 de la ley 100 del 93, esta normatividad la cual se encuentra a disposición de todos los ciudadanos en especial de los afiliados y puede verificarse en cualquier momento, pues cabe recordar y según lo resue..., lo resalta el artículo noven, noveno del, al código civil, la ignorancia no, de la ley no sirve de excusa para infringirla, argumento que se encuentra en consonancia con lo manifestado por la Corte Constituciones sentencia C-993 del 2006 en desarrollo del principio de seguridad jurídica el orga, el ordenamiento civil Colombiano adoptó el principio general del derecho romano según el cual la ignorancia del derecho no sirve de excusa, con la consecuencia de que el error de derecho perjudica así lo estableció el artículo nove, noveno del código civil en virtud del cual la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, en el artículo 1509 una de las normas objeto de la demanda que se estudia que dispone que el error sobre que un punto del hecho no vicia el consentimiento esto último significa que el error de derecho no da lugar a que la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y por tanto la parte de este que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración finalmente el demandante cuestiona la falta de información por parte de las AFPs Colfondos, Protección y Porvenir al momento de realizar todo el trámite de traslado de regímenes, frente a este argumento se trae a colación lo dispuesto en la ley 1748 del 2014 a través de la cual se regulo la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros dentro de los cuales se encuentran los servicios en materia de pensiones que en su parágrafo primero del artículo 2 referente a la obligación de los fondo de pensiones de poner a disposición de sus afiliados la información referente a su situación ante el sistema general se pensiones establece en primero adicionar en parágrafo primero, adicionar un inciso segundo al artículo noveno, la ley 1328 del 2009 que regula el contenido mínimo de la información al consumidor financiero cuyo texto es el siguiente: en desarrollo de lo anterior las administradoras del sistema general de pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales reciban asesoría, representantes de ambos regímenes como condición previa para que proceda el traslado entre ellos, lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia tal como se menciona en el parágrafo el, del artículo en sí, su disposición se debe adicionar mediante la figura del inciso al artículo noveno la ley 1328 de 2009 el cual hace referencia al contenido mínimo de información al consumidor financiero y por tanto solo hasta el año 2014 se fijó como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, brindar asesoría para los afiliados, de acuerdo a lo anterior el traslado del demandante se realizó en el año 94, en la época en la cual la condición previa de brindar asesoría no estaba establecida dendo, dentro del ordenamiento jurídico vigente y por lo tanto procedería únicamente para aquellos traslados entre regímenes que se efectuaran a partir del año 2014 argumento que desvirtuaría las pretensiones de la demanda en razón a que estas se fundamentan en la falta de información, por parte del representante de la AFP Colfondos, Protección y Porvenir y Porvenir S.A., obligación que solo se instauro en el ordenamiento jurídico hasta el año 2014 inclusive según la circular de la Superintendencia Financiera que data del 2016 se fijó que a partir del primero de octubre del 2016 las administradoras

no podrán realizar traslados sin antes haber cumplido la condición de brindar asesoría para aquellos afiliados que consideren trasladarse de régimen, se resalta que la presente restricción no es retroactiva y por lo tanto no podrá utilizarse este argumento como justificación para que prosperen la pretensiones del demandante por el simple motivo que su traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se efectuó en el año 1994, resulta necesario además manifestar que no se puede tener como cierto la falta de información que ese, se basó en que la AFP demandada no realizó una proyección pensional al demandante al momento de su traslado por lo que no puede tenerse en cuenta las proyecciones pensionales pues estas no son pruebas útiles para enunciar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que decidió su traslado en el año 94, dentro de las opciones que la ley daba, sumado a ello dicha obligación de emitir por parte de las AFP herramientas financieras o proyecciones pensionales a los potenciales afiliados nació con el decreto 2071 del 2015, es decir con posterioridad al traslado del demandante, además el mencionado decreto en su artículo 2, 6, 10, 4 y 3 parágrafo 2 establece, establece: "Parágrafo 2. La proyección de que trata este artículo, proporcionada por la Administradora del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, a través de las herramientas financieras, deberá entenderse como un cálculo estimado de la eventual futura pensión. La Administradora deberá informar al afiliado que la mesada pensional resultante es una mera proyección y no un derecho consolidado, por fundamentarse en una simulación de supuestos futuros probables, pero sin certeza sobre la ocurrencia." Por lo anterior solicito no se tenga en cuenta como prueba pertinente para declarar la nulidad del traslado el estudio pensional allegado ya que dicha proyección se realizó con posterioridad al traslado con fundamento en hechos que se desconocían al momento del mismo y que podrían haber ocurrido o no, además debe indicarse que para efectos probatorios esos documentos no constituyen una prueba pericial con la validez que tienen este tipo de pruebas en los términos que regula el artículo 226 y 227 del Código General del Proceso, además como quiera que el monto pensional en el RAIS también depende de variables como el movimiento financiero de los fondos sujetos al comportamiento fluctuante en la economía incierto resulta establecer un posible momento que le permitiera en ese momento, en el año 94 a la demandante evaluar cual sería el futuro del régimen más favorable, en esa medida no se puede afirmar que el silencio de la las AFPs Colfondos, Protección y Porvenir en esos puntuales aspectos constituya falta en el deber de información, de igual manera debe tenerse en cuenta que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demand..., entre el demandante y las AFPs mencionadas, es decir no existió injerencia alguna por parte de mi representada para que el accionante tomara la decisión de trasladarse por lo que llamados en alguna eventual condena serán las AFPs. Aunado a e, al hecho de que la teoría del daño manifiesta que quien causa es quien debe repáralo así las cosas no es Colpensiones quien deba asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte AFP Colfondos al momento del traslado pues es pertinente manifestar que en el año 94 el demandante no se encontraba en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen, más si se tiene en cuenta que era su derecho la es, la escogencia del régimen pensional desacuerdo a la ley 100 del 93 situación que la entidad reconoció y por ello aceptó el traslado por estar permitido. En conclusión no es procedente declarar la ineficacia de

A su vez, la apoderada de Protección S.A. interpuso recurso de apelación parcial, para que se revoque la condena de trasladar las cuotas de administración y los valores del seguro previsional, pues aquellos fueron debidamente invertidos en generar rendimientos de los aportes del demandante, mientras que los segundos se usaron para cubrir los riesgos de invalidez y muerte por parte de un tercero que no fue llamado a juicio, por lo que se generaría un castigo de un perjuicio que ni siquiera ha sido probado en el trámite, máxime cuanto junto a tales valores se ordenó la devolución de los rendimientos de los aportes. Agregó que al no tratarse de valores con naturaleza pensional, son susceptibles de prescribir (Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 – archivo 08 Hora 1:49:04)².

la filiación del demandante al régimen de Ahorro Individual toda vez que esta fue una manifestación libre y voluntaria de su parte además el accionante ha estado afiliado durante todo este tiempo máxime 15 años sin haber manifestado en algún momento alguna inconformidad de pertenecer a dicho régimen, por otra parte y de cómo petición a especial le solicito al Tribunal que dé, no, de accederse a las pretensiones del demandante, la obligación de mi representada estaría sujeta a, a que la AFP en este caso Protección a la cual está afiliado actualmente la demandante, el demandante normalice la afiliación en el sistema general de información del administrador de fondo de pensiones sea la afiliación del mantis, la devolución de sus aportes con la respectiva entrega de cotizaciones de rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor debidamente indexados por el periodo que este permaneció afiliado al fondo privado, así las cosas dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias su señoría".

² *"Gracias su señoría, siendo el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación parcial a la sentencia ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en tanto fue condenada mi representada a trasladar cuotas de administración y de seguro previsional a Colpensiones sustento este recurso en, en los siguientes términos. En primer lugar, como fue aprobado y obra dentro del plenario que se resaltó en los alegatos de conclusión mi representada realizado una excelente gestión de*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

administración de la cuenta de Ahorro individual del demandante, entonces ahora ordenar a trasladar conceptos de cuotas de administración sería como castigarla por esa excelente gestión que realizó de la administración de esta cuenta, en segundo lugar se estaría desconociendo el derecho a las restituciones mutuas, consagrado en el artículo 1746 del Código, del Código Civil, adicionalmente se debe tener presente que en este proceso se declaró la ineficacia, y al declararse la ineficacia es como volver al estado inicial de las cosas, que es como si la persona nunca se hubiera afiliado a Protección entonces como si nunca se hubiera afiliado a Protección no se hubieran generado los rendimientos que se generaron por la excelente gestión de administración, sin embargo mi representada en ningún momento se está oponiendo a trasladar concepto de cuota de ad, de rendimientos a Colpensiones. A si mismo es importante resaltar que estas cuotas de administración y de seguro previsional tienen una naturaleza completamente diferente a la naturaleza de la pensión por lo que podríamos hablar de prescripción parcial de estas cuotas de administración y de seguro previsional, también se entiende que se están cobrando estos conceptos como un perjuicio para las administradoras y dentro del proceso no obra prueba ni siquiera sumaria de un daño y un nexo causal por actuación alguna de mi representada o un juramento estimatorio de daños causados al demandante, por otra parte en cuanto al seguro previsional es importante manifestar que como su nombre lo dice se trata de un seguro, mi representado durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a Protección mantuvo vigentes una pólizas para que en caso de que se generara el siniestro, esto es la invalidez o la muerte estas pólizas estuvieran vigente y pudieran cubrir el siniestro que se causare, sin embargo por el hecho de que no se generara el siniestro, por el hecho de que no se hubiera causado la invalidez o la muerte no se puede ordenar ahora trasladar esas cuotas por seguro previsional además son pactadas con un tercero que es la aseguradora y ni siquiera está llamado a este proceso teniendo en cuenta que esto afecta directamente a esta aseguradora, por lo anterior le ruego al honorable al Tribunal Superior de Bogotá se revoque parcialmente la sentencia y se absuelva a mi representada a trasladar cuotas de administración y de seguro previsional, gracias”.

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

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

realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones, el demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 581,71 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 10 años, 10 mes y 10 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 59 años – ver archivo 10 folios 50 y 90).

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

³ Ver resumen de historia laboral válida para bono pensional – archivo 01 folio 217.

⁴ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues contrario a ello, indicó que para la época del traslado COLFONDOS S.A. únicamente le informó que el ISS iba a desaparecer por problemas presupuestales y su mejor alternativa era trasladarse a un fondo privado, que le garantizaba una pensión sin cumplir el requisito de edad del fondo público. No se le suministró información sobre los requisitos para acceder al derecho pensional en ambos regímenes pensionales, ni sobre las modalidades de pensión en el RAIS, ni de la posibilidad de efectuar aportes voluntarios (Audiencia virtual del 25 de febrero de 2021 – archivo 03 Min. 24:00). En ninguno de los traslados recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” o *ratificación* de la afiliación la permanencia o los posteriores traslados del actor al interior del RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de todos los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), y por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores. Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, los previsionales) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷.

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

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en respuesta a la apelación presentada por su apoderado, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se llegaren a causar en caso de asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos privados de pensiones.

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

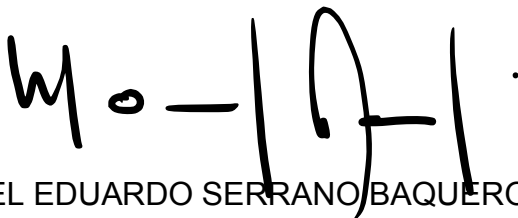
RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EXP. 02 2018 00641 01

Óscar Alfonso Jiménez González Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE NELSON ALEXANDER FERNÁNDEZ MESA
CONTRA JOSÉ BERNARDINO SALOMÓN CABRERA CABRERA.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia dictada por el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de junio de 2021. En ella, se DECLARÓ probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo, se ABSOLVIÓ al demandado de todas las pretensiones incoadas y se dispuso no condenar en costas a la parte actora.

Si bien únicamente el acta de la audiencia del 9 de junio de 2021 (folios 69 a 70) carece de la firma del Juez, y no se adjuntó la del 14 de abril de la misma anualidad, en aplicación de los principios de celeridad y economía procesal que rigen este tipo de actuaciones, se estudiarán los recursos interpuestos, como quiera que fueron debidamente allegadas las grabaciones de las diligencias, las cuales ofrecen seguridad del registro de lo actuado (numeral 4 *ibídem*).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NELSON ALEXANDER FERNÁNDEZ MESA presentó demanda, la cual fue objeto de reforma, contra JOSÉ BERNARDINO

SALOMÓN CABRERA CABRERA para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de agosto de 1998 y el 5 de julio de 2016 y, en consecuencia, se ordene el pago de los aportes a pensiones en Colpensiones, las *“sanciones pertinentes”* por no pago de cesantías, intereses *“y demás”*, y las indemnizaciones por despido injustificado y moratoria, y que se *“fije el monto de la liquidación por los períodos demostrados (...), por los derechos ciertos e indiscutibles (sic)”*.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 1 de agosto de 1998 se vinculó con el demandado por medio de un contrato de trabajo verbal a término indefinido, para laborar como músico, contrato que se extendió hasta el 31 de diciembre de 2005. El 1 de enero de 2006 se modificó el contrato por uno escrito de prestación de servicios, que se encuentra en poder del demandado, modificación que no implicó cambio en las funciones, el cargo, ni en la obligación de cumplir horario, el cual era modificado según necesidades del empleador; expone como *“ejemplo”*: martes de 8 a.m. a 7 p.m. y viernes de 8 a.m. a 6:30 p.m., algunos sábados y algunos domingos, los días 29 de cada mes de 5:30 a.m. a 6 p.m., y los días 22 de cada mes de 9 a.m. a 5 p.m., así como en fechas especiales, sin que en ninguno de tales eventos se pudiera retirar antes de la hora dispuesta por el demandado, aun cuando hubiera culminado sus labores. El 5 de julio de 2016 terminó el contrato -dice- por la *conducta* de las partes, pues no existió carta de terminación, y en cambio, el empleador efectuó consignación ante un juzgado laboral. No se tuvo en cuenta valor alguno para el pago de seguridad social, prestaciones sociales, vacaciones ni para *“indemnización sin justa causa (sic)”* (folios 4 a 6, 20 a 23 y 44 a 46).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por JOSÉ BERNARDINO SALOMÓN CABRERA CABRERA, mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones con fundamento en que no se existió vínculo laboral con el demandante, y menos a término indefinido, ni dentro de los horarios referidos, pues en desarrollo de su actividad, como persona natural

inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, el “*PROFESOR SALOMON (sic)*” realizó reuniones de culto y alabanza que se programaban de manera semanal y en las que se requería el servicio de acompañamiento musical que brindaba el actor, quien tenía los conocimientos y medios (instrumentos) necesarios para el efecto, a cambio de lo cual se le cancelaban honorarios de \$90.000 por cada reunión, previa presentación de cuenta de cobro, situación que se prolongó durante varios años sin reclamo alguno de parte de este. Sin perjuicio de lo anterior, agregó que los servicios fueron prestados a la -dice- “*persona jurídica*” CABRERA CABRERA JOSÉ BERNARDINO SALOMÓN, identificado con NIT. 79.317.612-7, propietario del establecimiento de comercio CENTRO CULTURAL SALOMÓN, por lo cual la persona natural no tuvo vínculo alguno con el accionante. Propuso como excepciones de fondo: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del contrato de trabajo, cobro de lo no debido, mala fe de la demandante, buena fe del demandado, prescripción y genérica* (folios 33 a 39 y 58 a 63).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de junio de 2021, en la cual el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo, y ABSOLVIÓ al demandado de todas las pretensiones incoadas. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO, propuesta por la parte demandada, JOSÉ BERNARDINO SALOMÓN CABRERA CABRERA, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: Como consecuencia, ABSOLVER al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante. TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS ni agencias en derecho en esta instancia. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte demandante, Consúltese con el Superior en los términos del artículo 69 del CPTSS*” (Audiencia virtual del 9 de junio de 2021 - CD 4 Min. 53:33).

Para tomar su decisión, el Juez encontró demostrada la prestación personal del servicio, empero la subordinación fue desvirtuada y, con ello, la existencia

de un contrato de trabajo, pues el accionante era autónomo en la realización de sus labores como músico, al punto que también prestaba servicios para otras iglesias, y podía retirarse entre cada uno de los eventos realizados por el demandado. Agregó que resulta lógico que fuera citado para arribar hasta con una hora de antelación a estos eventos, pues, dada su labor, debía organizar los sistemas de sonido para las presentaciones. Finalmente, consideró no causadas las costas dada la agilidad con la que se surtió el trámite.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, el apoderado del demandante la apeló. Solicita que se acceda a la declaración de existencia del contrato, pues considera demostrado el cumplimiento de horarios y la subordinación. Afirma que el actor no se podía retirar antes de que terminara cada uno de los eventos, y en los casos en que demandado debía salir del país dejaba personas encargadas para la venta de sus productos. Así mismo, advierte que en certificación desestimada por el *a quo* se evidencia que el demandado tiene NIT, por lo que no sólo es persona natural sino también “*jurídica*”, y que la existencia del contrato de trabajo no puede ser desvirtuada por la no suscripción de una cláusula de exclusividad laboral (Audiencia virtual del 9 de junio de 2021 - CD 4 Min. 54:28)¹.

¹ “Gracias su señoría, interpongo recurso de reposición y en subsidio de apelación y procedo a sustentarlo. Primero que todo, para, para esta parte demandada, demandante perdón, sí hubo demostración del cumplimiento de horarios y de la subordinación como tal en las pruebas testimoniales, segundo, cabe aclarar que el certificado del cual no se le dio certeza, o no se le dio valor probatorio, para la pretensión de la existencia del contrato, ahí dice el NIT del demandado, es decir es una persona no solamente natural sino también jurídica, al tener como tal NIT, uno ello. Segundo, el tema de que él se iba del país y que era imposible que un músico pudiera realizar las labores de los rituales, aunque él no estuviera, ello pues tampoco fue demostrado solamente por los testigos del demandado, es decir la parte, la parte que demanda asegura que se hacía lo rituales, puesto que todos conocen la reputación y la confianza que le genera alguno de los que consulta, los , al demandado, y con ello pues solamente con la venta de sus productos colocaron, igualmente, a personas encargadas de realizar dichas actividades. Igualmente, él no se podía ir antes de que terminara la totalidad de la ceremonia. Igualmente, en cuanto a la exclusividad tampoco es cierto que no se pueda decir que hay un contrato de trabajo si en ningún momento se firmó una cláusula de exclusividad, entonces su señoría con el debido respeto presentó recurso para que el ad quem realice como tal la aceptación de la pretensión de la existencia de un contrato, gracias su señoría”.

En el recurso del demandado, su apoderada pide que condene el costas al demandante, pues esa es la consecuencia de haber sido vencido en el presente trámite (Audiencia virtual del 9 de junio de 2021 - CD 4 Min. 58:00)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con los recursos propuestos (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir (i) si se acreditó la existencia de un vínculo laboral entre las partes y (ii) en caso de confirmar la decisión, si hay lugar a condenar en costas a la parte actora.

(i) Para lo primero son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*; disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio. Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por

² *“Disculpe, señor Juez, iba solamente a interponer recurso de apelación frente a la no condena en Costas. (...). Frente a la no fijación por parte de su Despacho de, de condena en agencias en derecho para la parte vencida, como dice la norma procesal, quien es vencido en el curso de un proceso deberá ser condenado en costas y agencias en derecho, frente a esa determinación que su Despacho pues toma, es que yo interpongo mi recurso, para que sea revocada esa manifestación y en su lugar sea condenado en costas y agencias en derecho al demandante en calidad de parte vencida en este proceso”.*

contrato de trabajo, lo que trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues, tal como lo señaló el *a quo*, las pruebas practicadas en audiencia (interrogatorio al demandante y testimonios), desvirtúan la subordinación *continua*, elemento esencial del contrato de trabajo.

Si bien no fue objeto de controversia que el demandante prestó servicios personales como músico, a favor del demandado, en los eventos o reuniones para los cuales era citado (así se reconoció en el interrogatorio de parte al demandado³ y lo afirmaron los testimonios de ANDRÉS HERNANDO ESPINOSA ESLAVA⁴, ROSA ESTELLA RINCÓN VENEGAS⁵ y CARLOS ENRIQUE DURÁN VARGAS⁶), de estas últimas declaraciones resulta claro que tales servicios se desarrollaban de forma esporádica (no continua), y que se ejecutaban con plena autonomía técnica y directiva. Por ello no existió *continuada* subordinación o dependencia, ni contrato de trabajo.

ROSA ESTELLA RINCÓN VENEGAS⁷ y CARLOS ENRIQUE DURÁN VARGAS⁸, fueron concordantes en señalar que el demandante llevaba su propio instrumento (organeta) en la cual tenía pregrabadas las pistas que usaba como acompañamiento para sus labores de canto, que las labores se realizaban durante aproximadamente 30 minutos en cada reunión o evento en jornadas que no eran fijas sino esporádicas u ocasionales (en algunos casos

³ Audiencia virtual del 14de abril de 2021 - CD 3 Min. 28:44.

⁴ Audiencia virtual del 14de abril de 2021 - CD 3 Hora 1:02:33.

⁵ Audiencia virtual del 14de abril de 2021 - CD 3 Hora 1:38:03.

⁶ Audiencia virtual del 14de abril de 2021 - CD 3 Hora 2:08:55.

⁷ Audiencia virtual del 14de abril de 2021 - CD 3 Hora 1:38:03.

⁸ Audiencia virtual del 14de abril de 2021 - CD 3 Hora 2:08:55.

pasaban semanas o meses entre un evento y otro), y que el demandante podía retirarse para atender asuntos personales o prestar sus servicios de músico a otras personas u organizaciones, como efectivamente ocurrió en varias iglesias.

El testigo ANDRÉS HERNANDO ESPINOSA ESLAVA⁹, pese a referir que el demandante participaba en eventos con mayor periodicidad, concordó en afirmar que el actor no asistía a todos los eventos que organizaba el demandado, y cuando lo hacía, prestaba sus labores de canto durante 30 minutos por evento, se acompañaba del instrumento que él mismo llevaba, y manifestó que el demandante no podía retirarse de las reuniones en los momentos en que actuaba pero en los momentos de su participación artística, al inicio, en el intermedio, y al finalizar cada evento, situaciones que concuerdan con el interrogatorio el demandante¹⁰, quien también admitió que el instrumento musical era de su propiedad, y que si bien el último que tuvo fue comprado por el accionado, éste se lo descontó de sus pagos, lo que da a entender que se trató de un préstamo y no de una entrega de los medios necesarios para el cumplimiento de la labor.

Nada tiene que ver con la controversia que se plantea que el empleador se una persona jurídica o una persona natural; este punto además no fue objeto de discusión en este proceso pues no se hizo referencia alguna al respecto en la demanda ni en su reforma (folios 4 a 6, 20 a 23 y 44 a 46). En el mismo sentido se debe advertir que si bien la exclusividad en la prestación de un servicio no es una condición inescindible del contrato de trabajo, en el caso presente sería un indicio de autonomía y no subordinación. En este proceso, pese a que se podía presumir la existencia de un contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del CST por haberse acreditado la prestación personal del servicio, dicha presunción fue desvirtuada por el extremo pasivo, al aportar

⁹ Audiencia virtual del 14 de abril de 2021 - CD 3 Hora 1:02:33.

¹⁰ Audiencia virtual del 14 de abril de 2021 - CD 3 Min. 42:23.

pruebas que llevaron a desestimar la existencia de una continuada subordinación, elemento esencial del tipo de vínculo pretendido.

ii) Frente a la solicitud que eleva la apoderada del demandante¹¹, el 365 del CGP impone la condena en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, como sucedió en el presente caso con la parte demandante, pues no prosperaron las pretensiones de la demanda (ver demanda en folios 4 a 6, 20 a 23 y 44 a 46).

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia en cuanto negó la condena en costas a cargo del demandante, y se confirmará en lo demás, advirtiendo frente a los argumentos que tuvo en cuenta el juez para su decisión, que la agilidad en el trámite puede afectar el valor que se fije para las *agencias en derecho*, pero la condena en las *costas* del proceso (que es un concepto diferente) se debe dictar en la forma como lo dispone la Ley.

Por el resultado del recurso la condena en COSTAS de segunda instancia recae también en la parte demandante.

DECISION

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

RESUELVE

¹¹ “Disculpe, señor Juez, iba solamente a interponer recurso de apelación frente a la no condena en Costas. (...). Frente a la no fijación por parte de su Despacho de, de condena en agencias en derecho para la parte vencida, como dice la norma procesal, quien es vencido en el curso de un proceso deberá ser condenado en costas y agencias en derecho, frente a esa determinación que su Despacho pues toma, es que yo interpongo mi recurso, para que sea revocada esa manifestación y en su lugar sea condenado en costas y agencias en derecho al demandante en calidad de parte vencida en este proceso”.

1. **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **CONDENAR** en costas de primera instancia al demandante.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo del demandante.

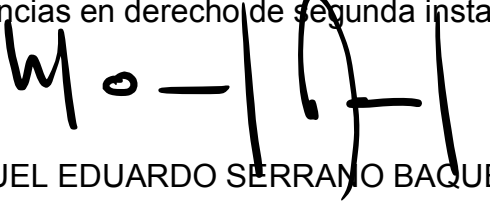
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LIBARDO MARIN ROJAS CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada por la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2021. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar las mesadas pensionales causadas entre el 1º de abril y el 30 de agosto de 2017 de una pensión de vejez reconocida al amparo de la Ley 100 de 1993 con la modificación de la Ley 797 de 2003.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LIBARDO MARIN ROJAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor el retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre los meses de abril y agosto de 2017, y se reajuste el valor de la mesada pensional desde el momento en el que adquirió el status de pensionado, teniendo en cuenta para el efecto los tiempos de servicios que prestó a las Fuerzas Militares.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que la entidad reconoció en su favor pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2017, pese a que dejó de realizar aportes desde el mes de marzo de 2017 y radicó documentos para trámite pensional el 6 de abril de la misma anualidad, por lo que se le adeudan las mesadas causadas entre los meses de abril y agosto de 2017. Además, estima que se debe reliquidar la mesada pensional teniendo en cuenta los tiempos de servicios prestados a las Fuerzas Militares, los cuales son computables para efectos pensionales. Por todo lo anterior, pide el pago de las mesadas que no fueron reconocidas por la entidad, junto con intereses moratorios y la indexación o actualización de la mesada pensional (ver demanda en folios 5 a 8 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se reportó la novedad administrativa de retiro en la historia laboral del afiliado. Sobre los hechos que fundamentan la acción, informó que el demandante completó 1546 semanas cotizadas en toda la vida laboral, dejó de efectuar cotizaciones en el mes de marzo del año 2017, y solicitó el reconocimiento de la pensión el 6 de abril de la misma anualidad. Considera que el reconocimiento pensional se encuentra ajustado a derecho pues se aplicó el IBL de lo cotizado en toda la vida laboral, por resultarle más favorable al actor. Propuso como excepciones las de *prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 80 a 84 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia proferida el 18 de agosto de 2021, a través de la cual la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar las mesadas pensionales causadas entre el 1° de abril y el 30 de agosto de 2017 en la suma total de \$3.688.585, junto con los intereses moratorios.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal:
“CONDENAR a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante señor LIBARDO MARÍN ROJAS la suma de \$3.688.585 pesos que corresponde el retroactivo pensional por el período comprendido entre el día 1° de abril del año 2017 y el día 30 de agosto del año 2017, y los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 una vez vencido el periodo de 4 meses de gracia consagrado en el artículo noveno de la Ley 797 de 2003 contado a partir de la fecha de la solicitud de la pensión en abril 10 de 2017 sobre las mesadas pensionales insolutas de pago mes a mes hasta cuándo se produzca el pago de la obligación. SEGUNDO: SE ABSUELVE de las restantes pretensiones de la demanda, la excepción de prescripción se declara no probada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de \$1.000.000 pesos por concepto de agencias en derecho” (CD 3, audiencia virtual No 2, minuto 22:06).

Para tomar su decisión la juez de primera instancia concluyó que el demandante cumplió los requisitos de acceso al derecho pensional el 6 de abril del año 2015, cuando cumplió la edad de 60 años, por lo que tiene derecho a percibir la primera mesada a partir de la desafiliación del Sistema, esto es abril de 2017. Tasó el retroactivo pensional adeudado en la suma de \$3.688.685, dispuso el pago de intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas, y absolvió a la entidad de reajustar el valor de la prestación, pues después de efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes pudo concluir que la entidad aplicó el IBL que resultaba más favorable al afiliado.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia y se le absuelva de todas las pretensiones incoadas. Afirmo que la entidad reconoció el derecho pensional a favor del demandante de

conformidad con los lineamientos legales que regulan la prestación (CD 3, audiencia virtual No 2, minuto 29:10)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución SUB 170430 de 24 de agosto de 2017 COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a favor de LIBARDO MARIN ROJAS a partir del 1° de septiembre de 2017, en cuantía inicial de \$737.717, con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003. En esta Resolución la entidad demandada acepta que el actor adquirió el status pensional el 6 de abril de 2017 (ver resolución en folios 53 a 62).

El Tribunal debe definir si procede el reconocimiento de las mesadas causadas entre el 1° de abril y el 30 de agosto de 2017, y de ser así, si procede el pago de intereses moratorios sobre dichas mesadas.

No se estudiará el valor de la mesada pensional pese a los argumentos expuestos por la parte demandante en los alegatos de conclusión escritos que presentó en esta instancia, pues no propuso recurso de apelación.

Para resolver la controversia y en consonancia con reiterado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

¹ “Sí señora, interpongo recurso de apelación en contra de la decisión que usted acaba de proferir en el presente proceso... Gracias señora Juez, interpongo el recurso básicamente porque en atención al soporte documental allegado pues al proceso como medio de prueba en el escrito de la contestación se pudo demostrar pues que mi representada reconoció la pensión al señor LIBARDO MARIN ROJAS de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 797 del 2003 el cual fue el modificado por el artículo 34 de la Ley 100 del 93, a su vez dio aplicación a lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 del 93 y artículo primero del Decreto 1158 del 3 de junio del 94, y acató lo establecido en la Circular Interna 24 del 2018, suscrita por la oficina asesora de asuntos legales, por tanto entonces la prestación reconocida al demandante se realizó acorde a los lineamientos legales establecidos para ello y por tanto, entonces, considero no, la sentencia proferida no se ajusta entonces a la realidad jurídica, por tanto entonces no es procedente la condena a mi representada en este estado procesal. Por tanto solicito respetuosamente a los magistrados que revisen el presente caso para que absuelvan de todas las pretensiones a COLPENSIONES, en atención a lo ya manifestado tanto en los alegatos como en el discurrir del presente proceso”.

Justicia, debe recordar el Tribunal que el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no siempre habilitan el pago de la primera mesada pensional. El ordenamiento jurídico exige para este efecto, el retiro del afiliado del Sistema de pensiones, pues sólo cuando ello ocurre, se podrá entender renunciado el derecho que le otorgan las normas legales a incrementar el valor de la pensión con cotizaciones adicionales al número mínimo que exige la Ley para el acceso al derecho (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990).

Dicha voluntad de retiro se puede manifestar de forma expresa, cuando se realizan los trámites administrativos de retiro, o se debe entender expresada tácitamente cuando el afiliado que cumple los requisitos legales para acceder a la pensión deja de efectuar aportes al Sistema, o cuando eleva la reclamación de su pensión con los requisitos cumplidos, pues de ambas situaciones se puede entender que renunció al derecho que protege la norma consistente –se repite– en obtener aumentos en su mesada por cotizaciones adicionales a las mínimas.

Con esta premisa normativa y una vez revisado el expediente, encuentra el Tribunal que el pago de la prestación procedía a partir del 6 de abril de 2017, cuando el demandante cumplió 62 años de edad y completó más de 1300 semanas cotizadas en toda la vida laboral, pues para ese momento había dejado de efectuar aportes al Sistema.

Cotizó un total de 1578 semanas y el último aporte se reportó en el ciclo de marzo de 2017 (ver semanas reflejadas en la Resolución de reconocimiento pensional a folio 56 y cédula de ciudadanía No. 72).

Así las cosas, se modificará la decisión dictada en primera instancia en cuanto dispuso el pago de la prestación desde una fecha anterior (1° de abril de 2017), para disponer el pago retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 6 de abril y el 30 de agosto de 2017 (un día antes de la inclusión en nómina del demandante).

Por lo mismo, se modificará el valor tasado por las mesadas adeudadas, que asciende según las operaciones aritméticas efectuadas tomando para el efecto el valor de la mesada reconocida por la entidad en un SMLMV (\$737.717) y 4.83 mesadas², en la suma de \$3.563.173, que resulta inferior a la definida por el *a-quo* (\$3.688.585), valores que serán modificados en esta instancia dado que se está conociendo en CONSULTA a favor de COLPENSIONES.

Se debe advertir que sobre dichas mesadas no operó prescripción pues el término trienal se interrumpió con la reclamación elevada el 10 de abril de 2017, la cual se resolvió a través de la Resolución SUB 170430 el 24 de agosto de 2017, y dicho acto administrativo fue notificado el 14 de noviembre de 2017 (folio 52). La demanda se interpuso dentro de los tres años siguientes el 7 de febrero de 2020 (folio 1).

Se confirmará la decisión apelada en cuanto ordenó el pago de intereses moratorios, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se causan por el retardo en el pago de las mesadas de pensión a los afiliados al Sistema, retardo en el que incurrió la demandada.

Como al demandante se le adeudan las mesadas de una pensión de la Ley 100 de 1993, causadas a partir del 6 de abril de 2017, procedía el pago de intereses moratorios sobre cada una de las mesadas adeudadas y éste corre a partir del 10 de agosto de 2017, 4 meses después del término que tenía la entidad para resolver la reclamación radicada el 10 de abril de 2017, tal y como lo concluyó la juez de primera instancia.

SIN COSTAS en la apelación.

² Se tomó la proporción de la mesada de abril.

AÑO	MESADA	NO MESADAS	TOTAL RETROACTIVO
2017	\$ 737.717	4,83	\$ 3.563.173

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** la sentencia de primera instancia para establecer que COLPENSIONES debe pagar a favor de LIBARDO MARIN ROJAS el retroactivo pensional causado entre el 6 de abril y el 30 de agosto de 2017 en la suma total de \$3.563.173.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior decisión se notifica en estrados, la tomó la Sala Sexta laboral integrada por los magistrados presentes,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GASPAR SEGUNDO IGUARÁN RODRÍGUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES – DIAN Y EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y
CARCELARIO – INPEC**

Bogotá D. C., veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, el INPEC y COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de las dos últimas entidades, la sentencia dictada el 27 de abril de 2021 por el Juez Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a: (i) COLPENSIONES a pagar una pensión de vejez a favor del demandante con fundamento en el régimen pensional de la Ley 71 de 1988; y, (ii) al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC a reportar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el periodo laborado por el actor para la Cárcel Distrital de Riohacha entre el 1° de diciembre de 1966 y el 31 de enero de 1970, con la finalidad de que se pueda dar trámite el respectivo bono para el financiamiento de su pensión ante COLPENSIONES.

Téngase a la doctora Linda Vanessa Barreto Santa Maria, identificada con T.P. 280.300, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GASPAR SEGUNDO IGUARÁN RODRÍGUEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la DIRECCIÓN NACIONAL DE IMPUESTOS NACIONALES – DIAN y el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en la Ley 71 de 1988, por ser beneficiario del régimen de transición, teniendo en cuenta para el efecto los tiempos de servicio que prestó para la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA entre el 16 de diciembre de 1966 y el 30 de enero de 1970. Pide que se ordene el pago de la prestación a partir del 1° de agosto de 2007 (cuando cumplió 60 años de edad), sobre 14 mesadas al año, junto con los intereses moratorios que se generen y la indexación de las sumas adeudadas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que es beneficiario del régimen de transición por edad y tiempo de servicios, laboró para diferentes entidades públicas y privadas, y en virtud de dichas vinculaciones acumuló un total de 1091 semanas de aportes en toda la vida laboral. Sin embargo, COLPENSIONES no ha computado el periodo durante el cual laboró para la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA entre el 16 de diciembre de 1966 y el 15 de enero de 1970, pese a que fueron certificados mediante formulario CLEBP No 3B por la DIAN, entidad pagadora de los sueldos de los empleados de la rama judicial para la época, bajo el argumento de que el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC no ha certificado dichos tiempos a través de los formatos CLEPB No 1 y 2 (ver demanda en las páginas 1 a 23 del archivo No 1 del expediente digital).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, mediante apoderado, contestó la demanda. Acepta que se declare procedente para efectos pensionales la inclusión del

periodo laborado por el actor al servicio de la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA entre el 16 de diciembre de 1966 y el 30 de enero de 1970; no obstante, advirtió que se debe vincular a los empleadores del demandante, calidad que no ostentaba la DIAN. Sobre los hechos que fundamentan la acción informó que el demandante no laboró directamente para la DIAN sino para la Rama Judicial, institución que cancelaba los sueldos a sus empleados a través de la DIAN, y señaló que la entidad expidió el formulario CLEBP No 3B que certifica la relación de salarios pagados a favor del demandante durante el tiempo en el que fungió como Secretario de la CÁRCEL DEL DISTRITO DE RIOHACHA entre el 15 de diciembre de 1966 y el 30 de enero de 1970, y que lo expidió después de que se aportaron los documentos pertinentes para probar su vinculación. Advirtió que la expedición de los formularios 1 y 2 se encuentra a cargo del INPEC, entidad en la cual debía reposar su hoja de vida. Propuso como excepciones de fondo las de: *falta de legitimación en la causa por pasiva del llamado en litisconsorcio UAE-DIAN, improcedencia de la vinculación de la UAE-DIAN en litisconsorcio necesario e inexistencia de la obligación* (ver contestación en las páginas 112 a 116 del archivo No 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, también contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante perdió el régimen de transición del que era beneficiario por edad, pues no logró acreditar 750 semanas cotizadas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y advirtió que el 31 de julio de 2010, fecha límite para la aplicación del régimen de transición a favor de quienes no cumplieron el requisito de 750 semanas referido, tenía 281 semanas de cotizaciones. Sobre los hechos que fundamentan la acción, afirma que no se cumplen los presupuestos para contabilizar los tiempos que aduce laborados para la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA, pues no se han aportado los formularios CLEBP No 1, 2 y 3. Propuso como excepciones las de *prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago*

de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (ver contestación en las páginas 167 a 182 del archivo No 1 del expediente digital).

Finalmente, el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO CARCELARIO INPEC mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por falta de legitimidad en la causa pasiva. Afirma que el demandante no laboró para dicha entidad, y advirtió que a la litis se debe vincular al Municipio, la ciudad de Riohacha. Sobre los hechos que fundamentan la acción afirma que la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA no perteneció al INPEC durante las fechas y periodos que se relacionan, y explicó que los orígenes históricos del establecimiento carcelario se remontan al año 1935 cuando estaba bajo la administración del Municipio, y que con posterioridad su administración pasó a manos del Gobierno Nacional. Además, advirtió que la toma de posesión del demandante como “*MECANOGRAFO DE LA CÁRCEL DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA*” se hizo ante la Jefatura de Personal del Departamento, en la ciudad de Riohacha, y que quien tenía a cargo el pago de la nómina era la DIAN. Propuso como excepción previa la de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, y como excepciones de fondo las de *inexistencia de las obligaciones o derechos reclamados* y la *innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 190 a 200 del archivo No 1 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 27 de abril de 2021, a través de la cual el Juez Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ: (i) a COLPENSIONES a pagar una pensión de vejez a favor del demandante con fundamento en el régimen pensional de la Ley 71 de 1988; y, (ii) al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC a reportar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el periodo laborado por el actor para la Cárcel Distrital de Riohacha entre el 1° de diciembre de 1966 y el 31 de

enero de 1970, con la finalidad de que se pueda dar trámite el respectivo bono para el financiamiento de su pensión ante COLPENSIONES.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el señor demandante GASPAR SEGUNDO IGUARÁN RODRÍGUEZ, es beneficiario del régimen transición y como consecuencia de ello, debe reconocerse su derecho pensional bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988. SEGUNDO: DECLARAR que el demandante GASPAR SEGUNDO IGUARÁN RODRÍGUEZ es beneficiario de la mesada 14 establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. TERCERO: como consecuencia de lo anterior se ORDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión de vejez, tomando como un IBL la suma de \$674.561 correspondiente a los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 75%, para una mesada inicial de \$505.920,75 esto a partir del 30 de julio de 2007. CUARTO: CONDENAR al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, a reportar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el periodo laborado por el actor en la Cárcel Distrital de Riohacha, desde el 1º de diciembre de 1966 al 31 de enero de 1970, para efectos que se tramite el respectivo bono para el financiamiento de su pensión ante COLPENSIONES, como salario reportado, debe reportarse el salario mínimo legal mensual de la fecha. QUINTO: como consecuencia de lo anterior se ORDENA a COLPENSIONES, a pagar a favor del demandante como retroactivo pensional debidamente indexado generado, la suma de \$43.294.512, de los cuales se autoriza que COLPENSIONES realice los descuentos a salud a favor de la EPS donde se encuentre afiliado el demandante o la que designe al momento de su pago. SEXTO: SE DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por la DIAN y PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES conforme lo expuesto a la parte motiva y NO PROBADAS las restantes excepciones propuestas por los demandados. SÉPTIMO: SE NIEGAN las restantes pretensiones de la demanda incoadas por el señor demandante. OCTAVO: SE CONDENA en costas a COLPENSIONES y al INPEC y a favor del demandante las agencias*

en derecho se tasan en 2 SMLMV al momento del pago a cargo de cada una de estas entidades. NOVENO: se ordena la remisión del expediente al superior para que surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES y del INPEC por haberse puesto condena contra dichas entidades” (audiencia virtual No 2, archivo No 18 del expediente digital, hora 1, minuto 3:15).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que el demandante es beneficiario del régimen de transición por edad y por tiempos de servicio, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba 814 semanas entre cotizaciones efectuadas al ISS, hoy COLPENSIONES, y tiempos de servicio a la AERONÁUTICA CIVIL y a la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA, que sumadas completaron más de 1029 semanas en toda la vida laboral entre servicios públicos y tiempos privados. Sobre el servicio en CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA, señaló que se encuentra acreditado con la certificación emitida por la Dirección Nacional de Prisiones del Ministerio de Justicia – Cárcel Distrital de Riohacha, según la cual el actor prestó sus servicios para el establecimiento carcelario como Mecnógrafo entre el 1° de diciembre de 1966 y el 31 de enero de 1970, y estimó que dichos tiempos deben ser acreditados por el INPEC, por ser la entidad que en el año 1993 absorbió la responsabilidad de todas las cárceles a nivel nacional, distrital y municipal, teniendo a su cargo la nómina de personal de la misma, y por ende, la carga pensional de dicho personal. Finalmente, reconoció la pensión de vejez con fundamento en el régimen pensional establecido en la Ley 71 de 1988 a partir del 30 de julio de 2007, en cuantía inicial de \$505.920 sobre 14 mesadas anuales, y por prescripción, dispuso el pago del retroactivo pensional causado a partir del 15 de enero de 2016 en la suma de \$43.294.512, el cual definió debe ser pagado debidamente indexado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Propusieron recursos el demandante, COLPENSIONES y el INPEC.

En el recurso del demandante, su apoderado pide que se revoque

parcialmente la decisión de primera instancia en cuanto concluyó que las mesadas causadas con anterioridad al 15 de enero de 2016 se encuentran prescritas. Afirmó que el juez estudió la excepción de prescripción desde el momento en el que se interpuso la demanda, sin tener en cuenta que se desplegó una actuación administrativa para obtener el reconocimiento del derecho pensional y que el demandante elevó varias solicitudes ante COLPENSIONES y ante las otras entidades para conseguir la certificación de los tiempos que pretendía hacer valer en la reclamación administrativa. Por ello, pide que se tome para efectos de estudiar la excepción de prescripción la solicitud elevada el 28 de marzo de 2014 (audiencia virtual No 2, archivo No 18 del expediente digital, hora 1, minuto 25:57)¹.

¹ “Gracias su señoría el apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación para que sea resuelto por el Honorable Tribunal de Distrito Judicial - Sala Laboral de Bogotá solamente en el aspecto de la prescripción y del, del monto de retroactivo reconocido, en ese aspecto me permito manifestar lo siguiente, considera con todo respeto que la, que la decisión de primera instancia no evaluó correctamente el punto de la prescripción...por los siguientes hechos, el de, la sentencia declara la prescripción a partir de que esta persona acudió al proceso ordinario, sin embargo, anterior al proceso ordinario ha habido toda una actuación administrativa ante COLPENSIONES que es evidente y que está demostrada en el proceso. La prescripción como figura extintiva de un derecho se o se sintetiza en el hecho de que el titular de ese derecho no ejerció oportunamente, no hizo una serie de trámites desatendió y dejó a un lado su derecho, por esa razón la ley lo castiga en el sentido de declarar prescrito el derecho en determinado momento, dentro de las pruebas que hay dentro del proceso podemos observar que por lo menos desde el 28 de marzo del 2014, derecho de petición que está dentro de todo el material probatorio que se anexa a este proceso, mi representado el señor Iguarán le solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión y que Colpensiones no hizo un estudio juicioso, por ejemplo tenía el certificado de la DIAN tal como fue hoy día estimado por este Despacho, como si no hubiera sido suficiente, para haber tenido en cuenta ese derecho con el total de las mesadas no tomo en cuenta que esta persona en su momento si tenía el beneficio del régimen de transición y lo disfrazó con otro derecho exigiéndole una cantidad de semanas adicionales para poder reconocer la pensión, ese es un estudio deficiente de parte de Colpensiones ese derecho de petición del 28 de marzo del 2014 originó las resoluciones GNR 74 359 y la resolución GNR 31643 32 de octubre 14 del 2015, esta era la última fecha de actuación del señor Gaspar Pero el día 18 de diciembre del 2017, antes de vencerse los 3 años, el señor Gaspar volvió, en ese período hizo toda una serie de actividad ante la DIAN para que le expidiera ante el Ministerio de Justicia y ante, ante la cárcel de Riohacha para que le expidiera el certificado en la forma que exigía Colpensiones exigía que se lo dieran para poder reconocer la pensión que fue una actividad plenamente demostrado de parte de este pensionado y antes de vencerse en esos tres años volvió y le solicitó ya con algunas contestaciones que esos entes le habían hecho, volvió y solicitó la pensión el 18 de diciembre del 2017, esto es una actividad que hizo este trabajador y si la prescripción solamente castiga al titular de un derecho cuando no, no hace la actividad que, que a su juicio debió hacer para el reconocimiento de la pensión, ahí si se aplica la prescripción luego en este orden de ideas el término para decretar la prescripción tres años atrás, no es desde el momento en que se inició la demanda ordinaria, sino desde el momento en que este trabajador le solicitó juiciosamente a COLPENSIONES que le diera la pensión y que para el caso fue el 28 de marzo del 2014, ese 28 de marzo cuando le hizo la solicitud le entregó toda la documentación que, con la que debió haberle reconocido la pensión y que inclusive este despacho reconoce la pensión con esa misma documentación fue que debió contarse los 3

En el recurso de COLPENSIONES su apoderada pide que se revoque en su totalidad la sentencia dictada en primera instancia y se absuelva a la entidad de las pretensiones incoadas. Afirma que el demandante no cumple los requisitos para acceder al derecho pensional reclamado, pues si bien era beneficiario del régimen de transición por contar con 40 años a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no consolidó su derecho pensional antes del 31 de julio de 2010 (audiencia virtual No 2, archivo No 18 del expediente digital, hora 1, minuto 23:19)².

En el recurso del INPEC su apoderado pide que se revoque la sentencia en

años anteriores y que para este caso las mesadas prescritas, podrían ser las anteriores al 28 de marzo del 2011, 3 años anteriores al 28 de marzo del 2014 que fue cuando hizo la solicitud, por esa razón considero muy respetuosamente, que en este sentido la sentencia tiene esa falencia y solicito muy respetuosamente al Tribunal, al Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá, sala laboral, para que al momento de estudiar este caso y de mi inconformidad aplique la prescripción desde el 28 de marzo del 2014, lo que generaría un cambio en el monto de mesadas que debieran pagarse y por esa razón pues son los argumentos que justifico y con los cuales argumento este recurso de apelación y solicito respetuosamente al Tribunal, sala laboral, acceder a esta petición muy respetuosa y muy probada en el expediente para efectos del decreto de la prescripción, muchas gracias”.

² *“Me permito interponer y sustentar el recurso de apelación contra la providencia para él, con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia proferida por este despacho y en su lugar absuelva a mi representada. Es pertinente mencionar señores magistrados que tal cómo se sustentó en las razones de la defensa, a la, el demandante no reúne los requisitos y las condiciones que exige la norma invocada para acceder a un derecho reclamado en esta instancia, como igualmente ha venido sustentando, según los actos administrativos que se presentaron con la contestación de la demanda, negando también lo solicitado amparando pues de legalidad y que busca salvaguardar el patrimonio de los coadministrados dándole aplicación minuciosa a la norma y haciéndole prevalecer el Imperio de la Ley, por lo cual, en el presente caso tenemos que si bien el demandante era beneficiario del régimen de transición para contar, por contar por los 40 años en, en la vigencia la Ley 100 de 1993 ,esto es que al primero de abril de 1994 no pudo consolidar su derecho antes del 31 de julio del 2010 debido a que para esa fecha si bien contaba con la edad necesaria, no cumplía con los 20 años de aportes, sufragado en cualquier tiempo y acumulados en varias entidades de orden nacional o departamental, es también pertinente mencionar que mi representaba ha venido actuando de buena fe, respecto a los actos administrativos y a la legislación existente en materia de pensiones, con base en nuestro ordenamiento constitucional y pros y con el procedimiento debido, es por eso que los actos administrativos proferidos por mi entidad a la cual represento, mediante la cual resolvieron negativamente la solicitud del accionante, se encuentran amparados legítimamente con esa documentación reposa y es por eso que en esta instancia, no, no por la suscrita no es, es pertinente acoger la sentencia de primera instancia frente a lo manifestado en las razones de derecho y los fundamentos fácticos que han dado para que el demandante no reúne con los requisitos para acceder a la prestación de vejez ,por está, de esta manera su señoría dejo sustentado mi recurso de apelación para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia proferida en esta instancia ,muchas gracias”.*

cuanto condenó a certificar la relación laboral del demandante ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Considera improcedente que su representada certifique la relación laboral que sostuvo el demandante con la DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES, pues dicha relación laboral es anterior a la creación del INPEC, y expuso que la Ley 35 de 1914 creó la Dirección General de Prisiones como una entidad adscrita al Ministerio de Gobierno, que posteriormente pasó a depender del Ministerio de Justicia en el año 1940, y que mediante el Decreto 2160 de 1992 se fusionó con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y se creó el INPEC (audiencia virtual No 2, archivo No 18 del expediente digital, hora 1, minuto 34:38)³.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

³ “Gracias su señoría, el INPEC interponer recurso de apelación en relación con la decisión que se acaba de emitir, procedo a sustentarlo conforme a los siguientes apreciaciones, en primer lugar se está desconociendo la historia entorno de la evolución carcelaria, pues teniendo en cuenta que mediante la Ley 35 de 1914, se creó la dirección general de prisiones está se reglamentó como entidad adscrita al Ministerio de gobierno en el año 1940 se estructura y pasa a depender del Ministerio de Justicia, para finalmente en 1992, a través del Decreto 2160 se fusiona con el fondo rotatorio del Ministerio de Justicia y se crea el INPEC...frente a está, está instalando una interpretación errada teniendo en cuenta que el despacho analiza que el, la, la dirección general de prisiones se fusionó con el INPEC cuando no es así, se fusionó con el fondo rotatorio del Ministerio de Justicia y se crea INPEC, el INPEC cuya naturaleza jurídica qué es un establecimiento público de orden nacional, con personería jurídica y patrimonio independiente, descentralización administrativa y desconcentración de funciones, independiente en el manejo administrativo, por tal razón nuevamente manifiesto qué es desacertada la tesis de que el INPEC certifique la, la relación laboral que el señor demandante Gaspar Iguarán sostuvo con la dirección de prisiones, teniendo en cuenta que, que, perdón porque los vínculos que arguye son anteriores a la creación del INPEC de esta manera, me permito, me permito manifestar que a folio 200 uno se avizora, del expediente se avizora que no registra vinculación laboral alguna directamente con el Instituto el instituto, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, es totalmente aparte de la dirección general de prisiones, entonces es así como sostengo mis argumentos, en que no se puede acreditar dicha relación con mi representada, como...tampoco no se puede reportar el período laborado que el despacho está manifestando del primero de diciembre de 1966 al 31 de enero de 1970 para, para finalizar me permito manifestar que el INPEC contestó los requerimientos con los medios que se tienen a nuestro alcance, teniendo en cuenta que la información que se requiere corresponde a fechas de hace más de medio siglo, porque han pasado 51 años desde la fecha en que el señor Gaspar Iguarán 1970 dejó de prestar sus servicios para la dirección general de prisiones, por lo que no se nos puede obligar a certificar un vínculo laboral que no ha existido directamente con el INPEC de esta manera su señoría, perdón, solicitó al Tribunal desestimar las pretensiones del demandante, se absuelva a mi representada y de esta manera doy, doy por terminado mí, mis, mi recurso de apelación, muchas gracias”.

En consonancia con los argumentos expuestos en los recursos de apelación y las materias que fueron desfavorables a COLPENSIONES (en grado jurisdiccional de CONSULTA) el Tribunal debe definir (i) si procede o no el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante con fundamento en la Ley 71 de 1988, y de ser así, (ii) los parámetros bajo los cuales se debe pagar la prestación.

(i) Sobre lo primero y una vez revisado el expediente, la Sala encuentra probadas las condiciones que dan acceso al derecho que reclama GASPAR IGUARÁN RODRÍGUEZ bajo la normatividad aplicada en la sentencia de primera instancia: la Ley 71 de 1988.

El demandante demostró que se encuentra amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que conservó dicho régimen hasta el 31 de diciembre de 2014⁴, pues tenía para el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigor del régimen de pensiones que creó la Ley 100) 46 años de edad y 15 años, 10 meses y 3 días entre tiempos de servicio público y cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES (es decir, **814.71 semanas**).

Para el cómputo de semanas se tuvieron en cuenta los siguientes tiempos: i) **51.86** semanas de tiempos cotizados al ISS, hoy COLPENSIONES (ver historial de cotizaciones en las páginas 99 a 105, archivo No 1 y en el expediente administrativo aportado por dicha entidad); ii) **602.14** semanas de servicios prestados a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL entre el 16 de enero de 1970 y el 15 de mayo de 1976⁵ y entre el 1° de febrero de 1977 y el 15 de agosto de 1982, aportes que la entidad reportó cotizados a CAJANAL (ver certificados CLEBP No 1, 2 y 3B emitidos el 13 de junio de 2018 en las páginas 82 a 89 del

⁴ Parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005: “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

⁵ Durante este periodo se descontaron 15 días de interrupción.

expediente digital); y (iii) **160.71** semanas de servicios prestados a la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA entre el 16 de diciembre de 1966 y el 30 de enero de 1970, periodo que acredita la certificación expedida por el Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Riohacha el 6 de febrero de 1970, y el formulario CLEBP No 3B de salarios expedido por la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE RIOHACHA en calidad de entidad pagadora (ver páginas 90 a 92, 94 y 93, 165 del expediente digital).

Las labores del demandante para la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA se deducen de las pruebas referidas y si bien no encuentran certificados de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 13 de 2001 y en la Circular Conjunta No 13 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Protección Social, por la falta de archivos (hecho que informaron en este proceso el establecimiento carcelario, la Alcaldía de Riohacha y el INPEC, ver página 219 y el archivo No 15 del expediente digital) y por falta de diligencia de la entidad o entidades competentes en la época, en atención a los principios de libertad probatoria y libre formación del convencimiento del juez en materia laboral, se deben computar para efectos pensionales, pues fueron demostrados con medios de prueba que también resultan conducentes, a saber: el formulario CLEBP No 3 que aportó la DIAN en calidad de entidad pagadora de salarios, y los certificados y resoluciones que expidió, en esa época, la DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES del MINISTERIO DE JUSTICIA⁶.

De todas formas se debe advertir que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha computado tiempos de servicio en el sector público aunque no se haya acreditado el pago de aportes a una Cajas de Previsión Social, pues *“lo que debe contar es el trabajo humano”* y, para la sumatoria de dichos tiempos la Ley 100 de 1993 *“contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del*

⁶ Al proceso aportaron tanto la parte demandante como la DIAN certificaciones, el Decreto de nombramiento y la Resolución que concede vacaciones, entre otras.

reconocimiento de prestaciones, sin distinción alguna” (ver sentencia CSJ SL 1947 de 2020, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ).

Así las cosas, el demandante estaba amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y podía causar la prestación al amparo de la Ley 71 de 1988, norma que asigna pensión de vejez por aportes a los hombres que cumplan 60 años de edad si han cotizado un mínimo de veinte (20) años, es decir 1029 semanas, entre tiempos de servicio en el sector público y aportes en el ISS, hoy COLPENSIONES, sin importar si fueron o no cotizados a cajas de previsión o de la seguridad social (como ya se dijo – ver entre otras SL 3552 de 2021).

Estas condiciones las demostró el demandante, pues cumplió 60 años de edad el 18 de mayo de 2007 (ver cédula de ciudadanía en la página 26, archivo No 1 del expediente digital), y de la historia laboral se obtienen **273** semanas de cotización para la misma data (página 99, archivo No 1 del expediente digital) a las que se deben adicionar **762.85** semanas de servicio en el sector público, que corresponden a las labores que desarrolló para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA, antes referidos.

Se demostraron entonces 1035.85 semanas entre tiempos de servicio al sector público y semanas cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, que equivalen a 20 años, 1 mes y 21 días.

(ii) La prestación era exigible desde el 19 de marzo de 2008, pues operó la desafiliación del Sistema General de Pensiones con la reclamación pensional que elevó ante el ISS, COLPENSIONES (ver página 27 del expediente digital).

SIN EMBARGO, por prescripción, la entidad demandada solo está obligada a pagar las mesadas que corrieron desde el 18 de diciembre de 2014, dado que el término trienal se interrumpió con la reclamación elevada el 18 de diciembre

de 2017 (ver páginas 48 a 51) y la demanda se presentó el 15 de enero de 2019 (ver página 105).

En consecuencia, se modificará -en consulta a favor de COLPENSIONES- la decisión de primera instancia para definir que el pago de la prestación procede a partir del 18 de diciembre de 2014.

No es posible tomar como fecha a partir de la cual se interrumpió el término trienal de prescripción el 28 de marzo de 2014, cuando el demandante elevó reclamación pensional ante COLPENSIONES (ver página 31), pues la entidad resolvió dicha solicitud a través de la Resolución GNR 743359 de 11 de marzo de 2015 la cual quedó notificada el 13 de abril de 2015, y entre dicha data y la fecha en la que se interpuso la demanda (15 de enero de 2019) transcurrieron más de 3 años (ver páginas 36 a 40 y 105 del expediente digital).

Para definir en CONSULTA el valor de la primera mesada pensional, el Tribunal realizó las operaciones aritméticas pertinentes tomando el IBL de los últimos 10 años cotizados, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 pues el actor cuenta con menos de 1250 semanas en toda la vida laboral (en la historia laboral aportada por la entidad demandada se observa un total 328.71, que sumadas a las 814.71 semanas de servicios prestados en el sector público arrojan un total de 1143.42 semanas).

Tomando el detalle de los pagos que certifica la historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES y los formularios CLEPB que traen los salarios devengados por el demandante para la AERONÁUTICA CIVIL, se obtuvo con el IBL de lo cotizado en los últimos 10 años \$973.721 para el año 2014. Suma que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% (Ley 71 de 1988) arroja una suma superior (\$730.290) a la reconocida por el juez de primera instancia para la misma época (\$656.271)⁷.

⁷ Al valor de la mesada definida para el *a-quo* en el año 2007 se le aplicaron los incrementos legales para definir el valor de la mesada para el año 2014 y compararla con la suma obtenida por el Tribunal.

No obstante, se confirmará el valor de la mesada pensional definida por el *a-quo* dado que no se puede afectar el interés de COLPENSIONES, a favor de quien se está conociendo esta decisión en CONSULTA.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1975	Diciembre	25	\$ 1.600	0,35	113,98	323,5291	\$ 517.647	\$ 12.941.165
1976	Enero	31	\$ 1.920	0,41	113,98	274,7097	\$ 527.443	\$ 16.350.720
1976	Febrero	29	\$ 1.920	0,41	113,98	274,7097	\$ 527.443	\$ 15.295.835
1976	Marzo	31	\$ 1.920	0,41	113,98	274,7097	\$ 527.443	\$ 16.350.720
1976	Abril	30	\$ 3.210	0,41	113,98	274,7097	\$ 881.818	\$ 26.454.543
1976	Mayo	31	\$ 1.290	0,41	113,98	274,7097	\$ 354.375	\$ 10.985.640
1976	Junio	30	\$ 1.290	0,41	113,98	274,7097	\$ 354.375	\$ 10.631.265
1976	Julio	31	\$ 1.290	0,41	113,98	274,7097	\$ 354.375	\$ 10.985.640
1976	Agosto	31	\$ 1.770	0,41	113,98	274,7097	\$ 486.236	\$ 15.073.320
1976	Septiembre	30	\$ 1.770	0,41	113,98	274,7097	\$ 486.236	\$ 14.587.084
1976	Octubre	31	\$ 1.770	0,41	113,98	274,7097	\$ 486.236	\$ 15.073.320
1976	Noviembre	30	\$ 1.770	0,41	113,98	274,7097	\$ 486.236	\$ 14.587.084
1976	Diciembre	31	\$ 1.770	0,41	113,98	274,7097	\$ 486.236	\$ 15.073.320
1977	Enero	31	\$ 1.770	0,52	113,98	218,4369	\$ 386.633	\$ 11.985.631
1977	Febrero	28	\$ 4.270	0,52	113,98	218,4369	\$ 932.725	\$ 26.116.312
1977	Marzo	31	\$ 4.270	0,52	113,98	218,4369	\$ 932.725	\$ 28.914.488
1977	Abril	30	\$ 2.500	0,52	113,98	218,4369	\$ 546.092	\$ 16.382.765
1977	Mayo	31	\$ 2.500	0,52	113,98	218,4369	\$ 546.092	\$ 16.928.857
1977	Junio	30	\$ 2.500	0,52	113,98	218,4369	\$ 546.092	\$ 16.382.765
1977	Julio	31	\$ 2.500	0,52	113,98	218,4369	\$ 546.092	\$ 16.928.857
1977	Agosto	31	\$ 2.500	0,52	113,98	218,4369	\$ 546.092	\$ 16.928.857
1977	Septiembre	30	\$ 2.500	0,52	113,98	218,4369	\$ 546.092	\$ 16.382.765
1977	Octubre	31	\$ 2.500	0,52	113,98	218,4369	\$ 546.092	\$ 16.928.857
1977	Noviembre	30	\$ 2.500	0,52	113,98	218,4369	\$ 546.092	\$ 16.382.765

2007	\$ 505.921	5,69%
2008	\$ 534.708	7,67%
2009	\$ 575.720	2,00%
2010	\$ 587.234	3,17%
2011	\$ 605.849	3,73%
2012	\$ 628.448	2,44%
2013	\$ 643.782	1,94%
2014	\$ 656.271	3,66%
2015	\$ 680.291	6,77%
2016	\$ 726.346	5,75%
2017	\$ 768.111	4,09%
2018	\$ 799.527	SMLMV
2019	\$ 828.116	SMLMV
2020	\$ 877.803	SMLMV
2021	\$ 908.526	

1977	Diciembre	31	\$ 2.500	0,52	113,98	218,4369	\$ 546.092	\$ 16.928.857
1978	Enero	31	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 32.092.221
1978	Febrero	28	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 28.986.523
1978	Marzo	31	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 32.092.221
1978	Abril	30	\$ 7.625	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.294.041	\$ 38.821.236
1978	Mayo	31	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 32.092.221
1978	Junio	30	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 31.056.988
1978	Julio	31	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 32.092.221
1978	Agosto	31	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 32.092.221
1978	Septiembre	30	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 31.056.988
1978	Octubre	31	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 32.092.221
1978	Noviembre	30	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 31.056.988
1978	Diciembre	31	\$ 6.100	0,67	113,98	169,7103	\$ 1.035.233	\$ 32.092.221
1979	Enero	31	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 41.315.572
1979	Febrero	28	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 37.317.291
1979	Marzo	31	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 41.315.572
1979	Abril	30	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 39.982.812
1979	Mayo	31	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 41.315.572
1979	Junio	30	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 39.982.812
1979	Julio	31	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 41.315.572
1979	Agosto	31	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 41.315.572
1979	Septiembre	30	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 39.982.812
1979	Octubre	31	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 41.315.572
1979	Noviembre	30	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 39.982.812
1979	Diciembre	31	\$ 9.300	0,80	113,98	143,3076	\$ 1.332.760	\$ 41.315.572
1980	Enero	31	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 52.427.764
1980	Febrero	29	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 49.045.327
1980	Marzo	31	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 52.427.764
1980	Abril	30	\$ 16.725	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.860.896	\$ 55.826.890
1980	Mayo	31	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 52.427.764
1980	Junio	30	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 50.736.545
1980	Julio	31	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 52.427.764
1980	Agosto	31	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 52.427.764
1980	Septiembre	30	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 50.736.545
1980	Octubre	31	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 52.427.764
1980	Noviembre	30	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 50.736.545
1980	Diciembre	31	\$ 15.200	1,02	113,98	111,2644	\$ 1.691.218	\$ 52.427.764
1981	Enero	31	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 43.507.402
1981	Febrero	28	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 39.297.008
1981	Marzo	31	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 43.507.402
1981	Abril	30	\$ 18.725	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.655.425	\$ 49.662.755
1981	Mayo	31	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 43.507.402
1981	Junio	30	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 42.103.938
1981	Julio	31	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 43.507.402
1981	Agosto	31	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 43.507.402
1981	Septiembre	30	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 42.103.938
1981	Octubre	31	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 43.507.402
1981	Noviembre	30	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 42.103.938
1981	Diciembre	31	\$ 15.875	1,29	113,98	88,4072	\$ 1.403.465	\$ 43.507.402
1982	Enero	31	\$ 26.662	1,63	113,98	69,9095	\$ 1.863.927	\$ 57.781.738
1982	Febrero	28	\$ 26.662	1,63	113,98	69,9095	\$ 1.863.927	\$ 52.189.957
1982	Marzo	31	\$ 26.662	1,63	113,98	69,9095	\$ 1.863.927	\$ 57.781.738
1982	Abril	30	\$ 30.262	1,63	113,98	69,9095	\$ 2.115.601	\$ 63.468.036
1982	Mayo	31	\$ 26.662	1,63	113,98	69,9095	\$ 1.863.927	\$ 57.781.738
1982	Junio	30	\$ 26.662	1,63	113,98	69,9095	\$ 1.863.927	\$ 55.917.811
1982	Julio	31	\$ 26.662	1,63	113,98	69,9095	\$ 1.863.927	\$ 57.781.738
1982	Agosto	31	\$ 14.400	1,63	113,98	69,9095	\$ 1.006.697	\$ 31.207.600
1998	Junio	30	\$ 236.460	44,72	113,98	2,5490	\$ 602.746	\$ 18.082.372

1998	Julio	30	\$ 236.460	44,72	113,98	2,5490	\$ 602.746	\$ 18.082.372
1998	Agosto	30	\$ 236.460	44,72	113,98	2,5490	\$ 602.746	\$ 18.082.372
1998	Septiembre	30	\$ 236.460	44,72	113,98	2,5490	\$ 602.746	\$ 18.082.372
1998	Octubre	30	\$ 236.460	44,72	113,98	2,5490	\$ 602.746	\$ 18.082.372
1998	Noviembre	30	\$ 236.460	44,72	113,98	2,5490	\$ 602.746	\$ 18.082.372
1998	Diciembre	30	\$ 236.460	44,72	113,98	2,5490	\$ 602.746	\$ 18.082.372
1999	Enero	30	\$ 236.460	52,18	113,98	2,1842	\$ 516.478	\$ 15.494.343
1999	Febrero	30	\$ 236.460	52,18	113,98	2,1842	\$ 516.478	\$ 15.494.343
1999	Marzo	30	\$ 236.460	52,18	113,98	2,1842	\$ 516.478	\$ 15.494.343
1999	Abril	30	\$ 236.460	52,18	113,98	2,1842	\$ 516.478	\$ 15.494.343
1999	Mayo	30	\$ 236.460	52,18	113,98	2,1842	\$ 516.478	\$ 15.494.343
1999	Junio	30	\$ 236.460	52,18	113,98	2,1842	\$ 516.478	\$ 15.494.343
1999	Julio	30	\$ 236.460	52,18	113,98	2,1842	\$ 516.478	\$ 15.494.343
2006	Junio	30	\$ 408.000	84,10	113,98	1,3553	\$ 552.952	\$ 16.588.562
2006	Julio	30	\$ 408.000	84,10	113,98	1,3553	\$ 552.952	\$ 16.588.562
2006	Agosto	30	\$ 408.000	84,10	113,98	1,3553	\$ 552.952	\$ 16.588.562
2006	Septiembre	30	\$ 408.000	84,10	113,98	1,3553	\$ 552.952	\$ 16.588.562
2006	Octubre	30	\$ 408.000	84,10	113,98	1,3553	\$ 552.952	\$ 16.588.562
2006	Noviembre	30	\$ 408.000	84,10	113,98	1,3553	\$ 552.952	\$ 16.588.562
2007	Diciembre	30	\$ 408.000	87,87	113,98	1,2972	\$ 529.253	\$ 15.877.579
2007	Enero	30	\$ 433.700	87,87	113,98	1,2972	\$ 562.590	\$ 16.877.710
2007	Febrero	30	\$ 433.700	87,87	113,98	1,2972	\$ 562.590	\$ 16.877.710
2007	Marzo	30	\$ 433.700	87,87	113,98	1,2972	\$ 562.590	\$ 16.877.710
2007	Abril	30	\$ 433.700	87,87	113,98	1,2972	\$ 562.590	\$ 16.877.710
2007	Junio	30	\$ 433.700	87,87	113,98	1,2972	\$ 562.590	\$ 16.877.710
2007	Julio	30	\$ 433.700	87,87	113,98	1,2972	\$ 562.590	\$ 16.877.710
2011	Julio	30	\$ 535.600	105,24	113,98	1,0831	\$ 580.113	\$ 17.403.385
2011	Agosto	30	\$ 535.600	105,24	113,98	1,0831	\$ 580.113	\$ 17.403.385
2011	Septiembre	30	\$ 535.600	105,24	113,98	1,0831	\$ 580.113	\$ 17.403.385
2011	Octubre	30	\$ 535.600	105,24	113,98	1,0831	\$ 580.113	\$ 17.403.385
2011	Noviembre	30	\$ 535.600	105,24	113,98	1,0831	\$ 580.113	\$ 17.403.385
2011	Diciembre	30	\$ 535.600	105,24	113,98	1,0831	\$ 580.113	\$ 17.403.385
2012	Enero	30	\$ 535.600	109,16	113,98	1,0442	\$ 559.275	\$ 16.778.262
2012	Febrero	30	\$ 566.700	109,16	113,98	1,0442	\$ 591.750	\$ 17.752.504
2012	Marzo	30	\$ 566.700	109,16	113,98	1,0442	\$ 591.750	\$ 17.752.504
2012	Abril	30	\$ 566.700	109,16	113,98	1,0442	\$ 591.750	\$ 17.752.504
2012	Mayo	30	\$ 566.700	109,16	113,98	1,0442	\$ 591.750	\$ 17.752.504

	IBL 10 ÚLTIMOS AÑOS
TOTAL DÍAS TRABAJADOS	3600
TOTAL SALARIO DEVENGADO	\$3.505.394.003
IBL	\$973.721
MONTO	75%
VALOR MESADA PENSIONAL (AÑO 2014)	\$730.290

También se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto definió que la mesada pensional se debe reconocer sobre 14 mesadas anuales, por

mandato del inciso 8 y el párrafo 6 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que se causó antes del 31 de julio de 2011 en cuantía inferior a 3 SMLMV (se causó el 18 de mayo de 2007).

No obstante, se revocará dicha decisión en cuanto definió un valor en concreto por concepto de retroactivo pensional causado desde el 15 de enero de 2016, pues además de que tratándose de prestaciones periódicas el saldo final que debe pagar el deudor por mesadas retroactivas solo se obtiene cuando la entidad hace la inclusión en nómina, este se debe tasar desde una fecha anterior, esto es, desde el 18 de diciembre de 2014 como ya se dijo.

Finalmente, para resolver la apelación propuesta por el INPEC, la Sala debe advertir que en este proceso no es posible definir la responsabilidad de alguna de las entidades llamadas a emitir las certificaciones laborales del demandante o responder por las obligaciones pensionales que se derivan del reconocimiento pensional, pues, como lo advirtió la apoderada, el INPEC fue creado con el Decreto 2160 en el año 1992 y para la época en la que el demandante prestó sus servicios en la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA, la administración del establecimiento carcelario estaba a cargo de la DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES del MINISTERIO DE JUSTICIA, entidad que no fue vinculada al proceso. En la misma línea, se debe señalar que obra certificación emitida el 25 de marzo de 1969 por la ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS NACIONALES – RIOHACHA, entidad pagadora de los salarios del actor, en la cual se deja constancia de que al trabajador se le venían descontado el 5% de la cuota de afiliación con destino a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL; la UGPP tampoco fue vinculada al proceso para establecer si dichos aportes fueron efectuados a CAJANAL (ver páginas 163 del expediente).

Por ello, y en atención a que (i) se está reconociendo el derecho pensional a favor del demandante en virtud del tiempo que el Tribunal encontró laborado por el demandante para CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA entre el 16 de diciembre de 1966 y el 30 de enero de 1970, y (ii) a que nos encontramos ante

la imposibilidad de definir las obligaciones que tienen las entidades referidas en el financiamiento de la prestación (INPEC, MINISTERIO DE JUSTICIA, DIAN, UGPP), se REVOCARÁ la decisión dictada en primera instancia en cuanto le ordenó al INPEC certificar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público los tiempos reconocidos a favor del trabajador para que pueda adelantar el trámite de bono pensional.

En su lugar, se autorizará a COLPENSIONES para que repita contra la entidad o entidades obligadas a contribuir con el pago o financiación de la pensión que aquí se reconoce, mediante título pensional, bono pensional o cuota parte, según sea el caso. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° de la Ley 33 de 1985, según el cual *“[l]a Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos”*, sin que ello sea condición para materializar o dar cumplimiento a las condenas que se imparten en esta sentencia.

Por el resultado del proceso se revocará la condena en costas que se impuso al INPEC en primera instancia.

SIN COSTAS en la apelación.

DECISION

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia dictada en primera instancia para definir que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES debe pagar la mesada pensional a favor de GASPAS SEGUNDO IGUARÁN RODRÍGUEZ a partir del 18 de diciembre de 2014.
2. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **QUINTO** de la sentencia dictada en primera instancia en cuanto definió un valor concreto por concepto de retroactivo pensional.
3. **REVOCAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia dictada en primera instancia, para en su lugar, AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que repita contra la entidad o entidades obligadas a contribuir con el pago o financiación de la pensión que aquí se reconoce en virtud los tiempos de servicios prestados por el demandante a la CÁRCEL DISTRITAL DE RIOHACHA entre el 16 de diciembre de 1966 y el 30 de enero de 1970, mediante título pensional, bono pensional o cuota parte, según sea el caso.
4. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **OCTAVO** de la sentencia dictada en primera instancia en cuanto condenó al INPEC en costas del proceso.
5. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
6. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE DORA LUZ ACOSTA HERRERA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2021 por la Juez Primera Transitoria (1°) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

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

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, DORA LUZ ACOSTA HERRERA presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la nulidad

de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en julio de 2003, con fundamento en que los asesores comerciales del fondo privado la engañaron porque no le brindaron asesoría de manera clara, veraz, oportuna, suficiente y cierta sobre las características, diferencias, ventajas, desventajas, riesgos y requisitos para acceder a los derechos pensionales en cada régimen, y tampoco efectuaron proyecciones sobre la pensión que le correspondería, pues se limitaron a indicar que tendría mayor rentabilidad y un monto pensional superior. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS devolver la totalidad de los valores obtenidos con motivo de su vinculación, como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno por la merma en el capital o gastos de administración (ver demanda en las páginas 6 a 20 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la demandante realizó su traslado de régimen de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, y con ello se sometió a las reglas del RAIS para efectos del cálculo de su mesada pensional, por lo que estima que la negligencia de no consultar sobre su situación pensional solo le es imputable a la actora. Además, advirtió que la demandante no puede excusarse en la ignorancia de la Ley, pues el error de derecho no es vicio del consentimiento, y por ende su afiliación al RAIS resulta totalmente válida. Finalmente, resaltó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en archivo digital folios 132 a 146).

Por su parte, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado, presentó escrito a través del cual se allanó a las pretensiones de la demanda. Solicitó que no se le condenara en costas (ver página 168 en el expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 27 de septiembre de 2021, mediante la cual la Juez Primera Transitoria (1ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la señora DORA LUZ ACOSTA HERRERA, identificada con C.C. N° 51.687.788, del Régimen de Prima Media con Prestación administrado por COLPENSIONES al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., efectuado el día 18 de septiembre de 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante señora DORA LUZ ACOSTA HERRERA, identificada con C.C N° 51.687.788, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese traslado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora DORA LUZ ACOSTA HERRERA, identificada con C.C N° 51.687.788, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las entidades demandadas a favor de la accionante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las entidades convocadas a juicio, esto es de COLPENSIONES y de COLFONDOS S.A. SÉPTIMO: En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de*

consulta” (audiencia virtual, archivo 06 del expediente digital, hora 1, minuto 25:32).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS S.A. se allanó a lo pretendido y no aportó prueba alguna de haber brindado información suficiente sobre las particularidades de cada régimen, para entender con ello que el traslado de régimen fue producto de una decisión libre, consciente y voluntaria.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión, pues no hay evidencia de que la demandante hubiese manifestado su inconformidad de pertenecer al RAIS, y por el contrario se evidencia la ejecución de actos de relacionamiento. Además, advirtió que el cumplimiento de las solemnidades pertinentes perfecciona el acto jurídico de conformidad con lo establecido en el artículo 898 del código de comercio (audiencia virtual, archivo 06 del expediente digital, hora 1, minuto 28:18)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

¹ “Gracias señora Juez me permito interponer recurso alzada en contra de la sentencia proferida solicitando la revocación en su totalidad a este por cuanto el caso valorado por la figura de la ineficacia y no la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran su intención de inconformidad de pertenecer a la AFP, a la fecha se estima una densidad considerable de años que no detona que las alegadas falencia, engaño o falta de información sean contrarias al perfeccionamiento del acto ineficaz, con ocasión al artículo ochocientos noventa y ocho (898) del código de comercio que expresa la artificiose expresa a las partes dando cumplimiento a las prentiendes perfeccionara acto inexistente e igualmente lo anterior se fundamenta en la sentencia SL413 de 2018 Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas sentencia SL3752 del 2020 y SL61 del 2021 donde igualmente eh... se desarrollan eh... los actos de relacionamiento estos por la parte actora dirigió todas sus actuaciones a pertenecer y permanecer sin inconformidad alguna en el la AFP por la cual se encuentra en este momento. Gracias su señoría”.

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

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

reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones la demandante tenía 40 años de edad y había cotizado 13,43 semanas², para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía cotizaciones al Sistema, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver registro civil de nacimiento en la página 44 del expediente digital y constancia de radicación de la demanda a folio 97).

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

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

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el expediente administrativo aportado por la entidad (ver archivo nominado CD folio 77). Cabe advertir que, si bien la demandante afirma en su demanda que cuenta con 473,71 semanas cotizadas al RPM antes de su traslado, pues laboró para el Distrito Capital y se efectuaron sus aportes en la Caja de Previsión Social de Bogotá, no se aportaron pruebas para demostrar este hecho.

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es*

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no aportó el formulario de afiliación suscrito por la demandante para efectuar el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni probó haberle brindado *toda la información pertinente* en ese momento (2003 según lo afirmado en la demanda y 2001 según la conclusión de la juez de primera instancia), como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues en palabras de esa corporación el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, esta no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues únicamente aduce que el traslado obedeció a una visita grupal de algunas asesoras comerciales de COLFONDOS S.A., que

llegaban antes de que firmaran sus contratos de trabajo, quienes le decían que el ISS iba a desaparecer y que en cambio la AFP privada tendría una rentabilidad e intereses muy altos, que se podría pensionar anticipadamente, sin señalar los requisitos necesarios para ello (audiencia virtual, archivo 06 del expediente digital, minuto 17:42).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin poder descontar gastos de administración, tal y como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), Corporación que ha estimado que esta declaración (la ineficacia), obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia par **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSE DEMETRIO MOLINA MEDINA
CONTRA EL BANCO POPULAR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia dictada el 13 de abril de 2021 por la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a la demandada a indexar la base salarial sobre la cual se liquidó la primera mesada pensional del demandante, y a pagar intereses moratorios sobre las diferencias pensionales adeudadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSE DEMETRIO MOLINA MEDINA presentó demanda contra el BANCO POPULAR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reajuste la pensión de jubilación reconocida a su favor, teniendo en cuenta para el efecto: (i) la indexación de la base salarial sobre la cual se liquidó la primera mesada pensional, y (ii) la aplicación de los incrementos anuales a la pensión conforme la variación porcentual del salario mínimo de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, sustituido por el artículo 1° de la Ley 71 de 1985. De forma subsidiaria pide la actualización monetaria de la prestación desde la fecha de efectividad de la pensión de jubilación, conforme las tablas del IPC.

Sobre los hechos que fundamentan las pretensiones afirma que el BANCO POPULAR S.A. reconoció pensión legal de jubilación a partir del 2 de mayo de 1990, en cuantía inicial de \$364.321, equivalente al 75% de los salarios devengados en el último año de servicios, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, sin actualizar la base salarial entre el momento del retiro (31 de octubre de 1989) y la fecha de efectividad de la pensión de jubilación (2 de mayo de 1990). Advirtió que la pensión de jubilación a cargo del BANCO POPULAR S.A. es de naturaleza compartida con la pensión que reconoció a su favor el ISS, hoy COLPENSIONES, por lo que pide que se ordene el reajuste de la diferencia pensional que se encuentra a cargo del BANCO POPULAR S.A., junto con el pago de intereses moratorios que se generen, o de forma subsidiaria la indexación de las sumas adeudadas (ver folios 45 a 47 del expediente).

El BANCO POPULAR S.A. mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la norma que sirvió de fundamento para el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante, la Ley 33 de 1985, no contempló la actualización de la base salarial entre la fecha de retiro y la fecha de jubilación. También manifestó la improcedencia de aplicar los incrementos establecidos en la Ley 71 de 1985 pues se aplicaron los incrementos pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993 sobre la mesada pensional, y se opuso al reconocimiento de intereses moratorios dado que la entidad bancaria no ha incurrido en mora respecto del pago de la mesada pensional y las normas que sirvieron de base para su reconocimiento no contemplan el pago de dichos intereses. Finalmente, advirtió que la obligación pensional fue subrogada por el ISS, hoy COLPENSIONES, por lo que en el evento de modificarse la cuantía pensional reconocida al demandante, se le debe imponer a la entidad que corresponde el pago de la cotización respecto de la nueva cuantía pensional para subrogar totalmente la obligación. Propuso como excepciones las siguientes: *cosa juzgada, prescripción, falta de causa, pago, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación y la genérica* (ver folios 56 a 62 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 13 de abril del 2021, mediante la cual la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la entidad demandada a indexar la base salarial sobre la cual se liquidó la primera mesada pensional del demandante, y a pagar intereses moratorios sobre las diferencias pensionales adeudadas.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el demandante JOSE DEMETRIO MOLINA MEDINA tiene derecho a la indexación de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación reconocida por el BANCO POPULAR, estableciéndose una base de liquidación de la mesada pensional, debidamente indexado, la suma de \$612.652.71, que al aplicar la tasa de reemplazo 75% arroja como primera mesada pensional debidamente indexada la suma de \$459.489,53 de conformidad a la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas entre el valor pagado por el BANCO POPULAR como mayor valor a cargo en la pensión compartida, reconocida al demandante y la pensión pagada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ambas pensiones debidamente incrementadas con el IPC, se declaran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 7 de febrero de 2015 y también se deberá declarar probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación respecto del reajuste pensional del artículo primero de la Ley 4ª de 1976, sustituido por el artículo primero de la Ley 71 de 1985, también se declara probada la inexistencia de la obligación frente a la indexación de las diferencias pensionales causadas frente al valor pagado por el BANCO POPULAR y se declaran no probadas las demás excepciones propuestas por el BANCO POPULAR, en consecuencia, se absuelve de la demandada BANCO POPULAR del pago de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 7 febrero del año 2015 y del pago del reajuste pensional del artículo primero de la ley cuarta de 1976, sustituido por el artículo primero de la ley 71 de 1985 y de la indexación de las diferencias pensionales, de conformidad a la parte motiva de la presente providencia. TERCERO: CONDENAR al BANCO POPULAR SA a reconocer y pagar al demandante*

JOSE DEMETRIO MOLINA MEDINA las diferencias pensionales entre la pensión que venía reconociendo y el valor que arrojó la primera mesada pensional debidamente indexada en la suma de \$459.489.53 y que se generó las siguientes diferencias, así:

AÑO	DIF.P BANCO Y P ISS A CARGO DDA.	VALOR PAGADO PENSION POR EL BANCO	DIFERENCIA A PAGAR X BANCO MES	NUMERO DE MESADAS	VALOR A PAGAR POR DIFERENCIA MES
2015	2.184.373,91	495.453,00	1.698.920,91	12,86	21.848.122,92
2016	2.332.256,02	518.318,00	1.813.938,02	14	25.395.132,35
2017	2.466.6360,75	548.318,00	1.918.239,75	14	26.855.356,45
2018	2.567.234,90	570.539,00	1.996.695,90	14	27.953.742,61
2019	2.648.872,97	588.682,14	2.060.190,83	14	28.842.671,63
2020	2.749.530,14	611.052,06	2.138.478,08	14	29.938.693,15
2021	2.793.797,58	620.890,00	2.172.907,58	3	6.518.722,74
TOTAL					167.352.441,84

y partir del ABRIL de 2021 la demandada deberá la demandada pagar un mayor valor para el año 2021 de \$2.172.907,58 hasta la efectiva inclusión en nómina de pensionados y se autoriza a la demandada para que, de las sumas reconocidas a favor de la actora, descuente el porcentaje correspondiente, el valor de los valores pertinentes al Sistema de Seguridad Social en Salud de acuerdo a las consideraciones de la parte motiva de la sentencia. QUINTO: CONDENAR a la demandada BANCO POPULAR a pagar al demandante los intereses moratorios del art 141. de la ley 100 de 1993, sobre cada una de las diferencias pensionales causadas desde el 7 de febrero de 2015 causadas y no pagadas desde la fecha de causación de cada una hasta la fecha efectiva de pago de la diferencia pensional. SEXTO: SE ABSUELVE a la demandada BANCO POPULAR S.A. de las pretensiones por las cuales no se impusieron condena, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente

providencia. SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a la entidad accionada y por secretaria practíquese la liquidación e inclúyase agencias en derecho por valor de \$6.000.000” (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 19:39).

Para tomar la decisión, la Juez concluyó procedente la indexación de la primera mesada pensional en todas las pensiones afectadas por la devaluación del peso, independientemente de la clase de la pensión y la fecha de causación del derecho, reajuste que procede en el caso bajo estudio teniendo en cuenta que el empleador no hizo la actualización de la base salarial sobre de la prestación entre el momento del retiro (año 1989) y la fecha de reconocimiento de la mesada (año 1990). Reajustó el valor de la mesada pensional, y condenó a la demandada al pago de las diferencias pensionales causadas desde el 7 de febrero de 2015, por prescripción, liquidando el retroactivo adeudado a 31 de marzo del año 2021 en la suma de \$167.352.441. Además, se remitió a la reciente línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en materia de intereses moratorios para advertir que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican sobre todo tipo de pensión causada con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, y se aplican en caso de mora en el pago de reajustes o reliquidaciones de la pensión, por lo cual condenó a su pago.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la demandada pide que se revoque la sentencia y se absuelva al BANCO POPULAR de las pretensiones incoadas, o de forma subsidiaria, se efectúe la indexación en proporción al tiempo que transcurrió entre el retiro del servicio y el reconocimiento del derecho pensional, y se revoque la condena de intereses moratorios. Afirma que no hay lugar a la indexación de la base salarial que se tomó para reconocer el derecho pensional a favor del demandante, pues entre el retiro y la fecha de jubilación solo transcurrieron 6 meses, y advirtió que se reconoció el derecho pensional conforme a lo establecido en la Ley 33 de 1985 y en el Decreto Ley 3135 de 1968, pese a que el demandante había sido afiliado al ISS. Además, considera

que no se puede indexar la base salarial para cubrir la pérdida del poder adquisitivo con los IPC's de diciembre de 1989 y diciembre de 1990, sino en proporción a los 6 meses que transcurrieron entre el retiro, y pide que se verifique el valor de la mesada pensional bajo los parámetros de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el IBL de los últimos 10 años de servicio. Finalmente, estima improcedente el reconocimiento de intereses moratorios sobre las diferencias pensionales adeudadas pues estos proceden únicamente cuando hay mora en el pago de la pensión, y tratándose de la indexación de la primera mesada de pensiones reconocidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se han presentado diversas tesis jurisprudenciales a lo largo del tiempo, por lo que la negativa de la entidad en acceder a dicha pretensión no fue caprichosa (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 28:41)¹.

¹ “Gracias señora Juez, si el Banco Popular queda inconforme con la decisión materia de notificación en esta audiencia, por las siguientes razones se considera el Banco Popular que no existe ningún fundamento para que el juzgado condene al banco a realizar el reajuste del ingreso base de cotización y por ende a mover el valor inicial de la pensión a la suma de \$459.459 con 53 pesos a partir del día 2 de mayo de 1990, a que se ordene por prescripción que a partir del 7 de febrero de 2015 se paguen las diferencias pensionales desde 2015 a 2021, a que se le autorice el descuento del 12% de seguridad social y sobre todo a que se le condene a pagar intereses moratorios y por ende las costas del proceso. Como razones de inconformidad señora Juez se tiene que el reconocimiento de la pensión del señor José Demetrio Molina Medina con el Banco Popular tuvo en cuenta las disposiciones previstas en la ley 33 de 1985 y la ley y el Decreto ley 3135 de 1968, nótese señora Juez que a pesar que el demandante fue afiliado al entonces instituto de seguro social se le reconoció la pensión con arreglo en esas disposiciones legales que no eran otras que una pensión a los 55 años y con una tasa de reemplazo sobre los salarios devengados en el último año de servicio del 75%, cuestión totalmente diferente a cómo el, COLPENSIONES o entonces ISS podría reconocer la pensión. Igualmente señora Juez se verifica que no hay lugar a que se proceda a la indexación desde la fecha del retiro hasta la fecha de jubilación porque recordemos como usted bien lo determinó la fecha de retiro fue del 31 de diciembre de 1989 y la pensión fue a partir del 2 de mayo de 1990 es decir a escasos seis meses, en consecuencia también se ofreció como información en este proceso y soporte de su decisión las tesis jurisprudenciales que han venido ofreciendo las altas corporaciones del país en relación con la indexación de la pensión, sin embargo, no se tuvo en cuenta que efectivamente las reglas legales que aquí por las que el banco estructuró la pensión no indican cuál es la razón para la indexación del ingreso base de cotización, se dejó demostrado igualmente que el Banco Popular al haber afiliado al trabajador al instituto de seguro social tiene derecho a que efectivamente se apliquen los acuerdos del instituto de seguro social, en especial el 049 de 1990 y por ende la compatibilidad de la pensión, de modo señora juez que no hay ningún fundamento para ordenar la indexación de la primera mesada pensional y en esos términos dejó fundamentado el recurso de apelación en su alcance principal, sin embargo si el honorable Tribunal llegase a determinar que efectivamente para este caso se deben aplicar las teorías jurisprudenciales y por ende reajustar el ingreso base de, el ingreso base de liquidación pensional, se encuentra señora Juez que a pesar que el juzgado siguió las enseñanzas jurisprudenciales y en especial una decisión del doctor Burgos Ruiz cuya sentencia si mal no estoy dijo la señora Juez era radicado 50638 que se toma el mes de diciembre de 1989 y el mes de diciembre de 1990 para hallar el

ingreso base de liquida, para hallar el IPC o el...con el cual se ha de reajustar, si no estoy mal señora Juez, usted dijo que en ese período era de 1.100 26 122 %y por ello al aplicar ese, ese, esa porcentaje a la pensión inicial de 364.321 con 48 le arrojó el valor de los 300 de los 459 489 con 53 como valor inicial, caso error señora Juez, fue equivocado totalmente y equivocado totalmente, puesto que efectivamente el demandante finalizó su relación de trabajo el primer, el 31 de octubre de 1989, luego no se puede coger el índice de precios al consumidor del 1989, a diciembre 1989, porque ese índice comprende la pérdida del poder adquisitivo de la economía inflacionaria colombiana desde el primero de enero de 1989, pero es que el señor, el primero de enero de 1989 y está demostrado en el proceso tuvo una, un reajuste a sus salarios luego no hay ninguna pérdida del poder adquisitivo desde 1989, primero de enero al 31 de octubre de 1989, nótese que la teoría de la indexación lo que tiende a cubrir es la pérdida del poder adquisitivo del dinero, es decir, no poder utilizar el dinero en su momento, porque es que es perfectamente posible que también las personas tengan el dinero pero no lo utilicen, y eso es una situación imputable al sujeto que tiene el dinero, pero aquí, en 1989 el demandante si se le reajustó el salario y hasta el 31 de octubre de 1989 tuvo salario. En consecuencia no es posible que se tome el índice de precio al consumidor certificado por el DANE el 31 de diciembre de 1989, pero aún más señora Juez si lo que protege el índice de precios sobre la teoría de la indexación que es la pérdida del poder adquisitivo del dinero, tampoco es posible tomar el otro índice de diciembre de 1990 porque es que el Banco Popular pagó la pensión a partir del primero de, a partir del 2 de mayo de 1990, luego tampoco es cierto que a partir de mayo a diciembre el señor tuvo una pérdida adquisitiva del dinero, puesto que ya tenía la pensión...error enorme, protuberante, no es posible llegar a ese tipo de indexación y si el Tribunal en su sabiduría y en gracia a considerar eventualmente que se debe ordenar la indexación también tendrá que echar mano al recurso de la proporcionalidad y si llegase a coger el índice de precios a diciembre de 1989 con el índice de precios a diciembre de 1990, tendrá que determinar qué el demandante estuvo separado de su servicio y de su dinero, eventualmente, desde noviembre, diciembre enero, febrero, marzo y abril, es decir que deberá determinar una proporcionalidad sustancialmente inferior a la que tuvo la señora Juez, es decir 6 meses únicamente porque esa es la única protección del índice de precios al consumidor y no como con error protuberante lo determinó el juzgado al aplicarle una tasa de reemplazo, una, un índice 1.26 122% lo que la condujo, él condujo al juzgado a tener una pensión inicial de 459.489,53. En consecuencia, en ese aspecto deberá también el Tribunal ofrecer la claridad y por ende revocar la decisión en el evento en que el recurso en su forma principal, es decir absolver al Banco Popular no llegase prosperar. Igualmente señora Juez se critica Y SE CRITICA con vehemencia, una fuerte vehemencia en que se ordene que el Banco Popular debe pagar los intereses moratorios de la Ley 100 de 1993 , de la Ley 100 los, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 puesto que se considera que hubo mora en el pago y en el reajuste de la pensión, para ello el juzgado en nuestro criterio, al abordar la tesis de la honorable magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo en la SL 1681 radicado 71 127 del 3 de junio de 2020 en la que la Corte cambia su teoría con relación a los intereses moratorios para establecer él no se debe distinguir las pensiones, sino que se deben aplicar, pero se deben aplicar esos intereses cuando efectivamente hay una mora en el pago y en nuestro criterio, cuando efectivamente de pronto el empleador o la, o la entidad de seguridad social desconoce caprichosamente el ingreso base de liquidación pensional, eso no está sucediendo en este proceso del Banco Popular. El Banco Popular en ningún momento y en forma caprichosa ha desconocido los factores de salario que debía liquidar la pensión legal, la Ley 62 de 1985 le explica al Banco Popular cuáles son los factores que deben tener en cuenta para hallar el ingreso base de liquidación pensional y de aplicar la tasa de reemplazo, el banco aquí no desconoció eso, luego resulta totalmente descontextualizada la aplicación de la enseñanza jurisprudencial para este caso, puesto que bien lo determinó usted señora Juez cuando hizo el recuento de la teoría de la indexación que si mal no estoy, en nuestro país con una teoría de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil viene operando desde 1990 y a partir de mí 96/97 si no estoy mal, se transporta para la jurisprudencia en derecho laboral... Ok señora Juez, muchas gracias, pero allí la teoría de la indexación inicialmente fue para apalea la pérdida del poder adquisitivo frente a aquellas prestaciones que eventualmente no tuviese algún remedio en derecho laboral y eso no sucedió con la pensión del demandante, la pensión del demandante se reconoció de acuerdo con las reglas establecidas en la Ley 33 de 1985, 62, de 1985 que nos dan los factores de salario que se

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

deben tener en cuenta para la liquidación pero aún más señora Juez, usted en su estudio determinó que efectivamente habían unas y han llegado incluso tesis ambivalentes de las altas Cortes en que en principio se negaba, en principio se ofrecía el beneficio, posteriormente se indicaba sobre qué pensiones y posteriormente se dijo que no, que las convencionales no, que las legales antes de ley 100 de 1993 no, antes de constitución del 91 tampoco, sin embargo esa situación lo que implica es que efectivamente no hay una mora tozuda del Banco Popular en el reconocimiento de la teoría de la indexación y por ende no se puede aplicar en forma abiertamente para nosotros, caprichosa la decisión de la honorable Corte Suprema de Justicia en relación con los intereses moratorios, en este tipo de procesos y en el proceso que hoy nos ocupa nuestra atención, en el señor José Demetrio Molina Medina, el Banco Popular no ha obrado en forma caprichosa, no ha obrado en forma tozuda y por ende la aplicación de la enseñanza jurisprudencial que hoy es, sirve de fundamento para los intereses moratorios no sirve de guía judicial para ordenarle al Banco Popular el pago de los intereses moratorios. Aquí no hay mora en el reconocimiento de pensión, aquí no hay mora en el reconocimiento de pensión, en el reconocimiento del reajuste pensional porque es que no es que se hayan omitido factores de salario, simple y llanamente está mirando la teoría jurisprudencial incluso qué beneficio al banco desde hace mucho tiempo en el sentido en que no había ni siquiera decisión unánime de las actas Corte para obligar al Banco Popular, señora Juez nótese que el mismo demandante en el año 2015 donde ni siquiera habían salido las tesis que hoy usted utiliza para ordenar el pago de los intereses moratorios se indicaba en aquel entonces que se debían pagar intereses moratorios, incluso que en aquella oportunidad todavía no existían ninguna enseñanza jurisprudencial que obligará al pago de la indexación puesto que esta es una pensión de antes de ley 100 de 1993, de modo señora Juez que los intereses moratorios en ningún momento se han de tener en cuenta para este caso. Finalmente se le solicita al honorable Tribunal que tenga en cuenta la proporcionalidad en la, en el índice de precios al consumidor, toda vez que debo, de noviembre primero del 1990 al primero de Mayo de 1889, al primero de mayo de 1990 es que en gracia de la discusión se admitiera el fallo, es posible utilizar la teoría de la indexación para prevenir o para corregir la pérdida del poder adquisitivo del dinero pero únicamente en ese terreno, no desde enero de 1989 al 31 de diciembre de 1990 porque desde enero de 1989 a octubre 31 de 1989 el demandante fue trabajador del Banco Popular y a partir del 2 de mayo de 1990 al 31 de mayo, al 31 de diciembre de 1990 fue pensionado del Banco Popular de modo que el Tribunal deberá corregir esa situación y aplicar las fórmulas que corresponde para la indexación de la primera mesada pensional, pero aún más señora Juez, si vamos a utilizar la Ley 100 de 1993 para establecer el ingreso base de liquidación pensional de esa pensión también el Tribunal deberá trabajar sobre las bases del artículo 21 y 36..de la Ley 100 de 1993 y verificar que entonces la pensión del demandante se debe hacer o se debe hallar con un ingreso base de liquidación pensional de los últimos 10 años y no del último año de servicio, en consecuencia señora Juez dejó criticado y apelado debidamente la orden de, de la orden ... al Banco Popular de tener como mesada inicial la suma de \$459.489 pesos con 53 centavos que a partir del 7 de febrero de 2015 se paguen las diferencias pensionales y hasta el momento en que efectivamente se cancelan, es decir desde 2015 a 2021, las diferencias establecidas en la tabla que hace parte de esta decisión, tres que se debe corregir en el evento en que el alcance principal del recurso no tenga prosperidad, que se debe corregir el índice de la tasa o la fórmula para corregir el índice de precios al consumidor puesto que desde noviembre de 1989 a mayo primero de 1990 es decir seis meses, el trabajador pudo estar por fuera. Dos se debe revocar de todo, en todas las situaciones y en todos los eventos los intereses de, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en esos términos señora Juez dejó criticado el fallo se me notifica y le solicitó a su señoría muy respetuosamente me conceda el recurso para ante el honorable Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá, muchas gracias”.

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que el demandante prestó sus servicios al BANCO POPULAR entre el 17 de mayo de 1962 y el 31 de octubre de 1989 (ver folio 75); (ii) que mediante la Resolución 53 de 25 de julio de 1990 el BANCO POPULAR reconoció pensión de jubilación de carácter compartida a favor del actor, a partir del 2 de mayo de 1990 en cuantía inicial de \$364.321,48, sin indexar la base salarial, con fundamento en la Ley 33 de 1985 según lo informó la entidad demandada en su contestación (ver resolución aportada por la demandada en folios 76 a 79, y contestación en folios 56 a 62); y (iii) que el ISS, hoy COLPENSIONES, mediante la Resolución No. 6971 de 17 de abril de 1996, le reconoció pensión de vejez a partir del 2° de mayo de 1995, en cuantía inicial de \$967.055, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición (ver Resolución aportada por la entidad demandada a folio 81).

El Tribunal debe definir si procede el reajuste de la parte de la mesada de pensión de jubilación que paga el BANCO POPULAR con carácter compartido, teniendo en cuenta la indexación de la base salarial con la cual se tasó la primera mesada, y de ser así, si procede el reconocimiento de intereses moratorios sobre las diferencias adeudadas.

Para resolver lo que corresponde, el Tribunal se remite al criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Suprema de Justicia desde antaño (año 1999) y retomado en el año 2013. Esa alta Corporación de justicia consideraba procedente la actualización de la base salarial de liquidación de pensiones que se hubieran causado con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1991 (Sala de Casación Laboral, sentencia del 5 de mayo de 2009. Radicado N° 32535. M.P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ), pero desde el 16 de octubre de 2013 en la sentencia dictada en el expediente de radicación 47709 con ponencia del magistrado RIGOBERTO ECHEVERRY BUENO, reconoció el derecho a la indexación de la base sobre la cual se liquidan todas las pensiones, es decir las causadas antes y las causadas después de la constitución de 1991. Al contenido de esta última sentencia nos

remitimos, por haber sido aplicada de forma reiterada por dicha Corporación (ver sentencias SL 4393 de 2020 y SL 2630 de 2021).

Con base en dicho criterio el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró el derecho del demandante a la indexación de la base de liquidación de la primera mesada pensional de demandante, al llevar a valor presente el salario promedio devengado durante el último año de servicios que se certificó en la Resolución que reconoció el derecho pensional a su favor (\$364.321), con la fórmula según la cual éste se define multiplicando el valor histórico (Rh), que es el último salario mensual promedio devengado por el actor, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la última anualidad anterior a la fecha de causación de la pensión), por el índice inicial el vigente en la anualidad anterior a fecha en que terminó la relación de trabajo (año 1999). Así lo ha definido la Corte Suprema de Justicia (ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL 5155 de 2020 y SL 2630 de 2021).

Conforme el valor consignado en la Resolución a través de la cual se reconoció el derecho pensional, el salario promedio devengado en el último año de servicios y suma actualizar es \$485.761,92² que se multiplica por el resultado de dividir el índice de precios vigentes en diciembre de 1989 (8.28074) entre el índice de precios vigente en diciembre de 1988 (6.56561). De tal operación se obtiene un salario actualizado de \$612.657,19. A este valor se le aplica el porcentaje de 75%, lo que arroja la suma de \$459.492,89, igual a la que definió la sentencia apelada (\$459.489,53) pues 3 pesos no afectan de forma sustancial el valor de la prestación reconocida.

Para responder a los argumentos esgrimidos por el apoderado del banco demandado, se debe advertir que el IPC INICIAL es el vigente en diciembre de la anualidad anterior al retiro del servicio, y como IPC FINAL el vigente en diciembre de la anualidad anterior a la fecha del pago, y no como lo sugiere la

² \$5.829.146,69 / 12. Ver folio 77

parte pasiva, esto tomando el IPC vigente en el mes de retiro o causación del derecho y el del mes en el que se verifique el pago. Así lo ha aplicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia para la indexación en materia pensional (sentencia SL6916 del 2019).

En este orden de ideas el derecho pensional que se debió pagar al demandante en el año 1990 ascendía a \$459.489,53, y procedía el pago de las diferencias pensionales a cargo de la entidad bancaria a partir del 7 de febrero de 2015, pues sobre la acción para el pago de diferencias anteriores operó la prescripción. El término prescriptivo se interrumpió con la reclamación elevada el 7 de febrero de 2018 (folio 19) y la demanda se presentó el 5 de septiembre del mismo año (folio 48).

No obstante, se revocará la sentencia dictada en primera instancia en cuanto estableció un valor específico para el retroactivo pensional pues, además de que en prestaciones periódicas el saldo final a cargo del deudor solo se obtiene cuando el deudor hace el pago (en materia pensional cuando se incluye en nómina la prestación), la aplicación de los incrementos legales año a año sobre el valor definido arroja en todos los años un valor inferior al definido por la Juez de primera instancia en la liquidación realizada por su despacho (ver CD 3, archivo No 19).

OPERACIONES ARITMÉTICAS

AÑO	MESADA RECONOCIDA	MESADA REAJUSTADA	MESADA COLPENSIONES	INCREMENTO	NORMA INCREMENTOS PENSIONALES AÑO A AÑO	DIFERENCIA A CARGO DEL BANCO POPULAR (pensión compartida) ³
1990	\$ 364.321	\$ 459.143		26,00%	Ley 71 de 1988 (artículo 1 = porcentaje incremento SMLMV)	
1991	\$ 459.044	\$ 578.520		26,07%		
1992	\$ 578.717	\$ 729.340		26,04%		
1993	\$ 729.415	\$ 919.261		25,03%		
1994	\$ 911.988	\$ 1.149.352		22,59%	artículos 14 de la Ley 100 de	
1995	\$ 1.118.006	\$ 1.408.990	\$ 967.055	19,46%		\$ 441.935

³ Diferencia entre la mesada reajustada y la que viene pagando COLPENSIONES, por haber operado el fenómeno de compartibilidad pensional.

1996	\$ 1.335.570	\$ 1.683.180	\$ 1.155.244	21,63%	1993 (artículo 14 = variación porcentual IPC)	\$ 527.936
1997	\$ 1.624.454	\$ 2.047.251	\$ 1.405.123	17,68%		\$ 642.128
1998	\$ 1.911.657	\$ 2.409.205	\$ 1.653.549	16,70%		\$ 755.656
1999	\$ 2.230.904	\$ 2.811.543	\$ 1.929.692	9,23%		\$ 881.851
2000	\$ 2.436.817	\$ 3.071.048	\$ 2.107.802	8,75%		\$ 963.246
2001	\$ 2.650.038	\$ 3.339.765	\$ 2.292.235	7,65%		\$ 1.047.530
2002	\$ 2.852.766	\$ 3.595.257	\$ 2.467.591	6,99%		\$ 1.127.666
2003	\$ 3.052.174	\$ 3.846.565	\$ 2.640.075	6,49%		\$ 1.206.490
2004	\$ 3.250.260	\$ 4.096.207	\$ 2.811.416	5,50%		\$ 1.284.791
2005	\$ 3.429.025	\$ 4.321.499	\$ 2.966.044	4,85%		\$ 1.355.454
2006	\$ 3.595.332	\$ 4.531.091	\$ 3.109.897	4,48%		\$ 1.421.194
2007	\$ 3.756.403	\$ 4.734.084	\$ 3.249.221	5,69%		\$ 1.484.863
2008	\$ 3.970.143	\$ 5.003.454	\$ 3.434.101	7,67%		\$ 1.569.352
2009	\$ 4.274.653	\$ 5.387.218	\$ 3.697.497	2,00%		\$ 1.689.721
2010	\$ 4.360.146	\$ 5.494.963	\$ 3.771.447	3,17%		\$ 1.723.516
2011	\$ 4.498.362	\$ 5.669.153	\$ 3.891.002	3,73%		\$ 1.778.151
2012	\$ 4.666.151	\$ 5.880.613	\$ 4.036.136	2,44%		\$ 1.844.476
2013	\$ 4.780.005	\$ 6.024.099	\$ 4.134.618	1,94%		\$ 1.889.482
2014	\$ 4.872.737	\$ 6.140.967	\$ 4.214.829	3,66%		\$ 1.926.138
2015	\$ 5.051.080	\$ 6.365.726	\$ 4.369.092	6,77%		\$ 1.996.634
2016	\$ 5.393.038	\$ 6.796.686	\$ 4.664.880	5,75%		\$ 2.131.806
2017	\$ 5.703.137	\$ 7.187.496	\$ 4.933.110	4,09%		\$ 2.254.385
2018	\$ 5.936.396	\$ 7.481.464	\$ 5.134.875	3,18%		\$ 2.346.590
2019	\$ 6.125.173	\$ 7.719.375	\$ 5.298.164	3,80%		\$ 2.421.211
2020	\$ 6.357.930	\$ 8.012.711	\$ 5.499.494	1,61%		\$ 2.513.217
2021	\$ 6.460.292	\$ 8.141.716	\$ 5.588.036			\$ 2.553.680

Sobre la metodología correcta para aplicar los incrementos anuales establecidos en las normas generales, se debe advertir que tratándose de pensiones reconocidas antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, éstas se reajustaban conforme a las fórmulas establecidas en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976 y el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, y no como lo hizo la juez con el IPC sobre las mesadas causadas con anterioridad al 1° de abril de 1994.

Para arribare a esta conclusión, el Tribunal se remite al criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-110 de 2006, según el cual: *“la fórmula de reajuste pensional contenida en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, estuvo vigente y produjo efectos jurídicos (...) hasta la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, hecho este que tuvo ocurrencia el día 19 de diciembre de ese mismo año (...). A partir del 1° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones*

que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988 (...). Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14” (Sentencia de la Corte Constitucional C-110 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Por lo dicho se revocará este punto de la sentencia de primera instancia y se dispondrán las condenas que corresponden. Asimismo, se revocará la condena que impuso el pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las diferencias pensionales adeudadas. Sobre la materia, reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia morigeró el criterio según el cual los intereses moratorios solo proceden tratándose de pensiones que se reconocen con sujeción a la Ley 100 de 1993 y lo extendió a pensiones legales que se otorguen en aplicación del régimen de transición (CSJ SL1681-2020), sin importar que se trate del reajuste de las mesadas (CSJ SL3130 y 4773 de 2020), sin embargo ello no implica que dicho interés corra frente a pensiones que se hubieran causado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, como la que se estudia, pues el derecho pensional nació en el año de 1990. Además, y según reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral, el pago de interés moratorio no procede cuando el cambio en el valor de la prestación que se obtiene de una modificación en la jurisprudencia pues en tal eventualidad no se puede entender que el deudor se encuentra en “mora” en la medida en que venía haciendo los pagos con fundamento en las normas y la jurisprudencia que regían en su momento.

En subsidio, se ordenará la indexación de las diferencias pensionales adeudadas, por ser esta la forma en que se traen a valor presente las sumas de dinero que se debieron pagar en el pasado. Para este efecto se debe aplicar la formula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante mes a mes (es decir las diferencias de las mesadas de pensión), por la suma que resulte

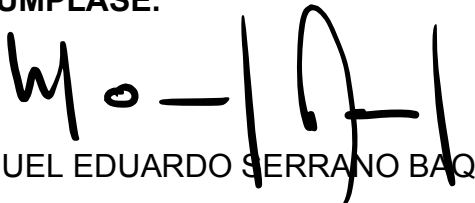
de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que se efectúe el pago, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacer cada pago.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** los numerales **TERCERO y QUINTO** de la sentencia de primera instancia. En su lugar, se **CONDENA** al BANCO POPULAR S.A. a reajustar la diferencia de la pensión de jubilación de carácter compartido que viene pagando a JOSE DEMETRIO MOLINA MEDINA, cuyo monto mensual asciende a: \$1.996.634 para el año 2015, \$2.131.806 para el año 2016, \$2.254.385 para el año 2017, \$2.346.590 para el 2018, \$2.421.211 para el 2019, \$2.513.217 para el 2020 y \$2.553.680 para el 2021; y a pagar debidamente indexadas las diferencias entre estos valores y los que ha pagado desde el 7 de febrero de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva.
2. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE OLGA LUCÍA RODRÍGUEZ GÓMEZ CONTRA
LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada el 12 de marzo de 2021 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada del reconocimiento de un reintegro por estabilidad laboral reforzada en razón de salud de la demandante.

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, como apoderado principal de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OLGA LUCÍA RODRÍGUEZ GÓMEZ presentó demanda contra CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se *proteja su derecho fundamental* a la estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarla al cargo desempeñado, y a pagar los salarios dejados de percibir, la *seguridad social* y la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que estuvo vinculada a la demandada por medio de un contrato de trabajo a término indefinido en un horario de 240 horas mensuales, entre el 23 de septiembre de 1993 y el 29 de enero de 2018, fecha en la cual fue desvinculada de forma unilateral y sin justa causa y para la cual se encontraba en tratamiento médico por diagnóstico de “*Alteración miocinematica (sic) de hombros y columnas (sic) cervical, disfunción miocinematica (sic) tercer dedo mano izquierda*” pendiente de nueva valoración del ortopedista, proceso que resultó “*semi interrumpidos (sic)*” al quedar sin empleo y que pudo continuar en cuanto a “*tratamiento y cirugías*” únicamente al obtener subsidio de desempleo para aportes de seguridad social. Siempre tuvo un buen desempeño laboral, nunca recibió llamados de atención y el último cargo desempeñado fue el de supervisora de alimentos y bebidas en el restaurante de la *Clínica Cafam* con un salario de \$3.078.900. Conforme lo dispuesto en la carta de terminación, se practicó examen médico de retiro el 13 de febrero siguiente, en cuyo concepto médico se señaló que “[p]resenta *patología general que requiere estudio y/o tratamiento*” con observación de “*Cita IPS a estudio dolor en manos*”. Es madre soltera cabeza de familia, la cual constituye con su hijo, y su salario es la única fuente de ingresos. El 24 de mayo de 2018 presentó petición para conocer los

motivos de su desvinculación, resuelta el 18 de junio siguiente, en la que la entidad manifestó que únicamente manifestó al momento de la terminación de la relación laboral “*Me reservo el derecho de verificar mi liquidación*”, sin informar algún tipo de enfermedad de tratamiento pendiente (ver demanda de folios 3 a 22).

Notificada la demanda, fue contestada por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM, mediante apoderado, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas, en consideración a que la finalización del contrato de trabajo se dio por causas objetivas con motivo a la reorganización del área en la cual prestaba servicios la demandante, sin perjuicio de lo cual reconoció la indemnización por despido. Agregó que la actora no ha estado amparada por fuero de estabilidad laboral reforzada, pues al momento del despido no se encontraba incapacitada, discapacitada, ni en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, máxime cuando ninguna de tales circunstancias fue informada por la actora. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido; falta de título y causa en la demandante; pago; compensación; enriquecimiento sin justa causa; buena fe; prescripción; alcance de la Ley 361 de 1997; inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud de la actora; la demandante no se encontraba incapacitada, con tratamientos pendientes o restricciones al momento de terminar su contrato de trabajo; improcedencia e imposibilidad del reintegro y genérica* (ver contestación de folios 246 a 279).

Terminó la primera instancia con sentencia de 12 de marzo de 2021, a través de la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada del reconocimiento de un reintegro por estabilidad laboral

reforzada en razón de salud de la demandante y DECLARÓ probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada, CAJA DE COMPENSACIÓN CAFAM, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por parte de la señora OLGA LUCÍA RODRÍGUEZ GÓMEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la demandada, relevándose el despacho del estudio de las demás, de conformidad a los argumentos expuestos, esbozados en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Liquidense por secretaría, inclúyase en ellas la suma de trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000), valor en que se estima (sic) las agencias en derecho y de conformidad con los argumentos normativos excusados en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONSULTAR esta decisión a favor de la parte demandante con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el caso o el evento de no ser apelada por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal, expuestos en la parte emotiva de esta sentencia”* (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2021 - CD 7 Min. 24:58).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que la demandante no se encuentra en los presupuestos de estabilidad laboral reforzada relacionada con su condición de salud, pues el empleador no tenía conocimiento de las patologías manifestadas, ni se demostró la existencia de las mismas para tal fecha, así como tampoco se encontraba en tratamiento o

tuviera recomendaciones médicas vigentes. Pese a que no se acreditó la reestructuración alegada por la entidad demandada, concluyó que el despido se dio conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del CST previo el pago de la indemnización correspondiente. En cuanto al dolor en las manos que manifestó tener la demandante, sólo al momento del examen de retiro, consideró que no es suficiente para dar cuenta de una patología que le impidiera el ejercicio de sus labores.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso de apelación, el apoderado de la parte actora afirma que se debió tener en cuenta la presunción de *desvinculación laboral* que da lugar a invertir la carga de la prueba, y era CAFAM quien debía demostrar que el despido se dio por razones distintas a la discriminación, lo que no acreditó pues no se demostró la reestructuración alegada por la pasiva. Agregó que, pese a que la trabajadora fue vinculada por el representante legal de la demandada, su despido lo efectuó una persona encargada, sin que se demostraran sus facultades y funciones por lo que dicha desvinculación debe tenerse por ineficaz (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2021 - CD 7 Min. 26:18)¹.

¹ “Doctor, buenos días, quisiera hacer el recurso de apelación... tenía derecho ella, la presunción de desvinculación laboral o sea el sentido de que, debería invertir la carga de la prueba a CAFAM, de manera que le correspondía a ellos demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivo distinto a la discriminación y ello manifiesta en una famosa reestructuración pero no aportaron el famoso plan de reestructuración, ni en qué consistía, nos dice que el único plan de reestructuración era liquidarla a ella y no más, ellos no aportaron la prueba plena que nos satisfaga el sentido y se pidió varias veces, directamente a CAFAM como por intermedio del despacho con el fin de que obrara en el expediente en qué consistía la reestructuración de CAFAM, porque hasta ahora solamente sabemos que la reestructuración consistía en él, en el despido de mi poderdante, ella no, no aportaron esa prueba, se les pidió y, no satisfago plenamente esa prueba. Lo otro que queremos hacer énfasis, su señoría, de igual forma, es que ellos aporten, nosotros aportamos también la liquidación del contrato de trabajo de ella y la firmante allí es una persona que estaba encargada del cargo o sea no

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 23 de septiembre de 1993 y el 29 de enero de 2018 (folios 30 a 32, 36, 37, 280 y 283 a 297), (ii) que el vínculo fue terminado por despido sin justa causa por empleador con el pago de la respectiva indemnización (folios 30, 32, 296 y 297) y, (iii) que el último cargo desempeñado fue el de supervisora de alimentos y bebidas en el restaurante de la Clínica Cafam con un salario de \$3.078.900 (folios 31, 32, 280, 291, 297, 330 y 331).

tenía en ese momento una capacidad legal, jurídica para efectuar la terminación de contrato, ya que el que lo hizo, el contrato laboral fue el representante legal de CAFAM y el que lo deshacen es una persona encargada tampoco se le solicitó y tampoco aportaron el nombramiento de esa señora y que y que el nombramiento y la posesión de la señora y en si qué facultades tenía, si tenía las mismas facultades del representante legal para despedir a la gente o no, se le solicitó sí también por intermedio del despacho sobre esa situación, o sea quiere decir que, que, que en este proceso, en el despido de mi poderdante tuvo un ingrediente también de ineficaz por, estaba viciado, ya que se efectuó por una persona que no estaba autorizada, ni tenía, ni está nombrada en propiedad en el cargo como representante legal, simplemente fungía o estaba como encargada, no sabemos si por un día, por dos días porque no soportaron su, su respectiva, ni en la cámara de comercio figura ella como representante legal o sea, ese despido no sabemos en qué forma fue, fue realizado ya que los contratos laborales están firmados, a ella la contrató el representante legal y fue firmada por el representante legal de CAFAM y el despido se efectuó una persona que estaba encargada, que no sabemos qué funciones, ni qué competencia estaba ella encargada, es decir, que estaba viciado por no traer una capacidad jurídica, la cual le da, pues, la potestad para crear, modificar o terminar el contrato o extinguir las relaciones laborales, pero este caso no lo demostró tampoco CAFAM, que ella era la representante legal para dar por terminado dicho, dicho caso, señor Juez y hago énfasis que la carga de la prueba en este momento se invertiría a la parte CAFAM demostrar que en verdad como ella lo manifestó, manifiesta CAFAM en su en la contestación de la demanda, que obedeció fue a una reestructuración y a, de CAFAM pero nunca lo demuestra que en verdad ocurrió fue por eso señor juez, gracias”.

El Tribunal debe definir si procede el reintegro, con el consecuente pago de los salarios dejados de percibir y *seguridad social*, así como la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

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

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

Sin embargo, al estudiar el contenido de la norma, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo carece de efecto jurídico y en consecuencia también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la Ley 361 no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para laborar².

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la

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

interpretación de las normas legales vigentes a casos concretos, ha dispuesto que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que acrediten haber sufrido una reducción cierta en su capacidad laboral superior al 15% o aquellas que acrediten encontrarse en un estado de debilidad manifiesta y, dispuso los parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuales personas son objeto de la protección especial de la Ley y cuáles no.

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

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

Con estos fundamentos normativos y jurisprudenciales, para otorgar la protección que asigna la Ley 361 de 1997, el juez debe tener certeza sobre una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje referido, o de una situación

de debilidad manifiesta en el trabajador para el momento del despido, y debe tener certeza de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en dicha incapacidad, requisito que se presume cuando se demuestra conocida por el empleador la pérdida de capacidad o que el trabajador se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

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

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

Así lo reconoció la demandante en la declaración de parte, al manifestar que no tenía restricciones médicas para el ejercicio de sus labores pues por ellas únicamente le formularon terapias físicas por síntomas de túnel carpiano (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2021 - CD 6 Min. 13:06); y así lo declararon los testigos: (i) RUBY CRISTINA MANJARRA MONTILLA (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2021 - CD 6 Min. 26:05), médico ocupacional que realizó los exámenes periódicos a la demandante, en los que

encontró que la accionante gozaba de buena salud pues se mantenía activa físicamente en gimnasio, nunca informó ninguna restricción médica ni solicitó cambio de funciones por dicha razón, y sólo en el examen de retiro refirió presentar dolor en las manos, por lo que le recomendó acudir a la IPS; (ii) NATHALI CERÓN BARRERA (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2021 - CD 6 Min. 43:53), quien dio por terminado el vínculo, no encontró en su historia laboral incapacidades prolongadas, restricciones laborales u otra circunstancia que implicara estabilidad laboral, al punto que cuando le entregó la carta de despido no recibió de la actora información alguna sobre patologías o restricciones laborales; y MARÍA DEL PILAR COBO (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2021 - CD 6 Hora 1:07:35), jefe inmediata de la actora entre mayo de 2017 y enero de 2018 (fecha del despido), quien nunca recibió queja o manifestación de imposibilidad para ejercer sus labores ni recibió solicitudes de permisos para acudir a terapias o citas médicas, y sólo recibió un par de incapacidades por enfermedades de origen *viral*.

Si bien la historia clínica aportada refiere que en vigencia de la relación laboral la trabajadora consultó con motivo de cervicalgia, dolor lumbar y lumbago no especificado, síndrome de túnel carpiano bilateral leve y moderado, tenosinovitis de antebrazo y puño, y epicondilitis media (folios 38 a 78), según certificación de la EPS Famisanar S.A.S., únicamente se registraron días no consecutivos de incapacidades, (60 en total entre el 17 de julio de 2000 y el 5 de diciembre de 2017) ninguna de las cuales guarda relación con los padecimientos alegados, al punto que las últimas de ellas de junio y diciembre de 2017 tienen diagnósticos “A083” (otras enteritis virales) y “J029” (faringitis aguda) respectivamente, y no generaron más de 3 días de incapacidad ni tratamiento médico que se encontrara vigente para el momento del despido o

disminución en la capacidad laboral: Ello excluye un nexo causal entre eventuales patologías y la finalización del contrato de trabajo.

Así mismo, las documentales allegadas no dan cuenta de que la demandante hubiera informado la existencia de las patologías referidas al empleador durante su vinculación, tanto así que en la carta de terminación únicamente anotó *“Me reservo derecho de verificar mi liquidación”* (folio 36), como lo manifestó la testigo NATHALI CERÓN BARRERA (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2021 - CD 6 Min. 43:53). Y si bien, en el examen de egreso indicó presentar dolor en las manos, lo que dio lugar a que la médico ocupacional recomendara estudio por parte de la *IPS*, de esa mera manifestación no se puede concluir que haya informado de manera fehaciente al empleador la existencia de una patología, máxime cuando ello ocurrió el 13 de febrero de 2018, esto es, alrededor de 2 semanas después del despido (29 de enero de 2018).

En consecuencia, y contrario a lo manifestado por el apelante, no operó la presunción de un despido discriminatorio en razón del estado de salud de la demandante, aun cuando el mismo se diera sin justa causa (con el pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 CST), pues no se demostró en modo alguno que existiera una incapacidad para laborar ni que el empleador demandado tuviera conocimiento del estado de salud de la demandante previo a su desvinculación.

Finalmente y en respuesta al otro argumento de la apelación, se advierte que la calidad y facultades de la Jefe de Relaciones Laborales en cargo, quien suscribió la carta de despido (folio 36), no fue objeto de discusión en el

presente trámite, en tanto no se planteó así en la demanda ni se hizo uso del derecho de reforma para el efecto. Empero, aún si se hubiere planteado, se debe advertir que la única llamada a desconocer la actuación contenida en dicha misiva era la empresa accionada, por extralimitación en las funciones de la referida trabajadora y no sólo no planteó objeción sobre la existencia del despido sino que ratificó su ocurrencia con las actuaciones desplegadas con posterioridad (como el pago de liquidación) y los argumentos de defensa en el presente trámite.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

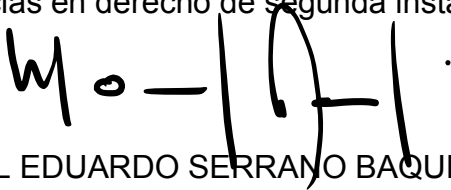


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ ARMANDO CORREDOR RUBIO
CONTRA AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA
S.A. Y LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes contra la sentencia dictada por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de junio de 2021. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y AVIANCA S.A., en el cual SERVICOPAVA actuó como simple intermediaria y, se CONDENÓ solidariamente a las demandadas al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones por no consignación de cesantías, y por mora en el pago de prestaciones con base en el artículo 65 del CST.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ ARMANDO CORREDOR RUBIO presentó demanda, la cual fue objeto de reforma, contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo de término indefinido con AVIANCA S.A., vigente desde el 24 de octubre de 2012, en el cual SERVICOPAVA actuó como un simple intermediario. En consecuencia

pide que se condene a las demandadas a pagar solidariamente “*diferencias salariales*” y “*derechos sindicales y extensión de beneficios Convencionales*” respecto a lo devengado por un trabajador directo de AVIANCA, y a pagar las cotizaciones a seguridad social integral, las prestaciones sociales (auxilio de cesantía, intereses sobre las cesantías y primas de servicios), la compensación en dinero de las vacaciones, las indemnizaciones por daños y perjuicios morales sufridos por el demandante con base en el salario real, la sanción moratoria por no consignación de cesantías y la contemplada en el artículo 65 del CST, la devolución de los aportes efectuados a la cooperativa por conceptos de “*IVM asociado*”, “*asociado Coopava*” y “*asociado Servicopava*” y la indexación de los valores que sean reconocidos. Finalmente, pide que se condene a SERVICOPAVA a pagar la indemnización por despido sin justa causa, y los intereses bancarios “*al máximo legal*” sobre los “*aportes por ahorro*” efectuados a ésta.

Como fundamento de lo pedido afirma que *prestó* servicios personales como *auxiliar de operaciones en tierra*, en favor de AVIANCA S.A., desde el 24 de octubre de 2012 y el vínculo laboral se desarrolla en la actualidad. Cumple funciones de cargue y descargue de aviones, maletas, carga y equipaje, que son del giro ordinario de los negocios de dicha empresa y ha desarrollado en el Aeropuerto Internacional el Dorado y el Puente Aéreo, por sus funciones ha recibido capacitación, entrenamientos y talleres, y porta un carné de identificación. Percibe mensualmente un *salario variable* consistente en asignación básica (\$1.025.000), beneficio de transporte (\$127.019) y trabajo en días festivos, dominicales y turnos nocturnos y horas extras (\$400.000 en promedio). Aduce que en dicha vinculación medió SERVICOPAVA hasta el 30 de octubre de 2017, y a partir del 31 de octubre (o el 1 de noviembre) la empresa SAI, vinculación en la cual vio desmejoradas sus condiciones laborales pese a cumplir la misma labor en el mismo cargo. Informó que entre las demandadas existió un contrato de prestación de servicios, según el cual, SERVICOPAVA “*suministraba trabajadores*” para AVIANCA S.A., quien era el verdadero empleador, y lo tuvo vinculado al Seguro de Vida Grupo con Allianz del 1 de junio al 1 de diciembre de 2017 y del 1 de julio de 2017 al 1 de abril

de 2018, afirma que los directivos de Avianca le daban instrucciones para acceder, entre otros, a las plataforma “e-cademy” y “AVANCEMOS”, le proporcionaba tiquetes aéreos a precios bajos con el beneficio “Aviajar”, y le enviaba correos electrónicos para informar acerca de entrega de uniformes, uso de beneficios, acceso a turnos, cambios de lugares de capacitación, cursos a certificar, reembolsos de transporte, comunicaciones de pésame y misión de la empresa, que le proporcionó los elementos de trabajo, y que efectuó la evaluación de sus competencias. Debía cumplir el manual de Política de Transporte Colaboradores Colombia y el Código de Ética y Normas de Conducta de los Negocios de Avianca, pese a lo cual, esta empresa no canceló vacaciones ni prestaciones sociales (primas de servicios, auxiliar de cesantías e intereses sobre las cesantías) entre 2012 y 2018, ni lo afilió un fondo de cesantías, lo cual tampoco ocurrió por parte de SERVICOPAVA. Pese a estar vinculado por adhesión a la Cooperativa nunca participó de reuniones o asambleas de socios, no recibió cursos ni actividades de educación por parte de ésta y la labor de dicha Cooperativa se limitó a efectuar descuentos mensuales a título de “IVM Asociado” (46.000), “Asociado Coopava” (\$105.000) y “Asociado Servicopava” (\$40.000). Agregó que AVIANCA firmó un acuerdo de formalización laboral, mediante el cual se comprometió a vincular directamente a 1184 trabajadores con contrato laboral, lo cual no se ha cumplido pues la mayoría de su personal sigue vinculado mediante SERVICOPAVA debido a la liquidación de GESTIONAR y COODESCO, intermediación que fue confirmada mediante Resoluciones 341 del 15 de mayo de 2013 y 2017001587 – CGPIVC del 31 de agosto de 2017, por lo que el Ministerio del Trabajo Territorial Valle del Cauca los sancionó por “tercerización ilegal” (folios 1 a 36, 233 a 267 y 803 a 812).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA, mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que no existió vínculo laboral con el demandante pues, como él mismo lo manifiesta, tenía vinculación con SERVICOPAVA, Cooperativa de Trabajo Asociado con plena autonomía técnica, administrativa y directiva, que

suscribió con AVIANCA una *oferta mercantil* para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos y administrativos, no así para el suministro de personal, pues los servicios prestados por los asociados no estuvieron sujetos a subordinación por parte de la aerolínea. Aclaró que las pólizas de vida suscritas a nombre del actor obedecen al cumplimiento de reglamentaciones y exigencias legales de la operación, sin que provengan de una relación laboral. Así mismo, los beneficios de tiquetes aéreos son otorgados a sus *aliados*, quienes asumen los costos y deciden a quienes los otorgan. En cuanto a los correos electrónicos que manifiesta haber recibido el demandante por parte de dicha compañía, señaló que los mismos se envían a un sinnúmero de *proveedores* y *aliados*, sin que de ello se desprenda un contrato laboral. Manifestó que COOPAVA es un organismo autónomo que ha establecido la posibilidad de que personal de empresas que presten servicios a AVIANCA S.A. se asocien, sin que ésta ejerza algún tipo de injerencia. Afirmó que no efectuó ninguna evaluación de competencias del actor. En cuanto al acuerdo de formalización laboral, resaltó que fue suscrito por AVIANCA HOLDINGS S.A., empresa diferente a la aquí demandada, cuyo domicilio es Panamá, por lo que no tuvo injerencia alguna en el mismo y se encaminó a vincular trabajadores asociados de SERVICOPAVA directamente con las empresas AVIANCA S.A. o SAI S.A., caso este último el del demandante. Finalmente, señaló que no existe sanción alguna en su contra que se encuentre en firme. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago y genérica o innominada* (folios 309 a 328 y 848 a 852).

También contestó la demanda la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, mediante apoderado, quien se opuso a la totalidad de lo pretendido con fundamento en que entre dicha cooperativa y el accionante no existió relación laboral, sino un convenio de asociación suscrito el 24 de octubre de 2012, por solicitud voluntaria de éste presentada en la misma fecha, conforme a lo cual se cancelaron todos los derechos propios de dicho vínculo, que terminó por causal objetiva ante la finalización de la oferta mercantil

suscrita con la empresa cliente y la imposibilidad de reubicar al trabajador en otro grupo. Resaltó que no prestó servicios de intermediación, pues su relación con AVIANCA S.A. se limitó a la venta de servicios por medio de una *oferta mercantil*, labor que llevó a cabo de manera autónoma, independiente y autogestionada, vínculo según el cual AVIANCA efectuaría capacitaciones, como también lo podían hacer terceros. Afirmó que el carné y los uniformes eran entregados por la cooperativa y en ellos debía aparecer identificada la empresa cliente, por disposiciones de la AEROCIVIL y de OPAIN por razones de seguridad aeronáutica. Los servicios prestados por la cooperativa no correspondían a la actividad misional de AVIANCA, si bien las labores del demandante iniciaron como auxiliar de operaciones terrestres, el acuerdo permitía que las mismas se modificaron por el representante legal de la cooperativa, según las necesidades que se presentaran respecto de los clientes. La cooperativa entregaba los elementos para la realización de la labor. En virtud del vínculo con el demandante, no se cancelaba salario ni prestaciones sino las compensaciones de Ley, que incluía una asignación ordinaria mensual (inició en \$566.700 y terminó en \$862.056), compensación extraordinaria por auxiliar de transporte (inicial de \$67.800 y final de \$80.387), así como reconocimiento de tiempo suplementario según la necesidad de la operación, así como la compensación anual (cesantías), rendimiento de la compensación anual (intereses sobre las cesantías), compensación semestral (prima de servicios), beneficio de navidad (prima de navidad), auxilio de transporte legal y extra legal, compensación por descanso (vacaciones), entre otros. Los aportes IVM asociados, se descontaban previa autorización del demandante para poder pertenecer a la cooperativa, y eran destinados a su sostenimiento y, en todo caso, fueron devueltos al finalizar el acuerdo. Los descuentos para COOPAVA variaban mensualmente, según lo autorizara el propio actor. Finalmente, señaló que las asambleas ordinarias de la cooperativa se publicaban en la página de internet para que los asociados se inscribieran y participaran. Propuso como excepciones de fondo: *cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y genérica* (folios 352 a 401 y CD 1).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de junio de 2021, en la cual el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y AVIANCA S.A., en el cual SERVICOPAVA actuó como simple intermediaria y CONDENÓ solidariamente a las demandadas al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones por no consignación de cesantías y moratoria del artículo 65 del CST. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“En primer lugar: DECLARAR la existencia del contrato de trabajo entre el demandante JOSÉ ARMANDO CORREDOR RUBIO y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO – AVIANCA entre el 24 de octubre del 2012 y el 10 de noviembre del año 2017, lapso en el cual SERVICOPAVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO actuó como simple intermediaria. En segundo lugar: CONDENAR solidariamente a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA y a SERVICOPAVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO a pagar a favor del demandante JOSÉ ARMANDO CORREDOR RUBIO los siguientes conceptos: cesantías \$5.284.090,94; intereses a las cesantías \$226.561,95; prima de servicios: \$2.035.035,81; vacaciones \$1.575.036,74; por sanción por no consignación de cesantías \$22.275.688,51; por indemnización moratoria del artículo 65 por el tiempo comprendido entre el 11 de noviembre del año 2017 al 10 de noviembre de 2019 la suma de \$29.017.674, a partir del mes 25 se generaran intereses moratorios sobre el saldo del salarios y prestaciones adeudadas. En tercer lugar: Reiterar DECLARAR solidariamente responsable de las condenas impuestas a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA como intermediaria indebida, a las luces del artículo 35 del CST. En cuarto lugar: ABSOLVER a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA de las demás suplicas de la demanda conforme lo expuesto a la parte emotiva de la presente decisión. En quinto lugar: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, salvo en lo que tiene que ver con prescripción e inexistencia del derecho de la obligación respecto a acreencias laborales causadas con anterioridad al 20 de febrero del año 2016, salvo en lo que tiene*

que ver con vacaciones que lo será desde un año antes, y respecto de las cesantías durante todo el tiempo de declaratoria. En sexto lugar condenar en costas a las demandas, AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA - señalando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 de pesos a cargo de cada una de ellas” (Audiencia virtual del 9 de junio de 2021 - CD 4 Video 2 video 2 Min. 47:59).

Para tomar su decisión, el Juez encontró probado que AVIANCA S.A. organizó de manera autónoma sus procesos productivos y utilizó a SERVICOPAVA como simple intermediaria para insertar dentro de su estructura organizacional al trabajador demandante, pues su labor no estuvo encaminada a producir un bien o tener un resultado propio atado al mismo, sino a un proceso de apoyo de las funciones del giro ordinario de la aerolínea, al punto que debía cumplir con las obligaciones de “seguridad operacional” de ésta, y era ella quien tenía el control y supervisión de las labores vía correo electrónico, así como capacitaciones y proporcionaba uniformes y carné que lo identificaba como trabajador. Así mismo, evidenció que AVIANCA S.A. era la única empresa cliente de SERVICOPAVA, al punto que su creación y disolución estuvo atada al contrato suscrito con dicha aerolínea, la labor se desarrolló con más de 400 elementos e insumos propiedad de ésta lo cual no se desvirtúa con su tenencia por parte de SERVICOPAVA a título de comodato precario. En consecuencia, condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones por no consignación de cesantías y no pago de liquidación al finalizar el vínculo, algunas de las cuales fueron afectadas por la prosperidad parcial de la excepción de prescripción, consideró que no había lugar a ordenar el pago de aportes a seguridad social, pues ello fue cumplido por la CTA demandada, y señaló que no había lugar a la prosperidad de las pretensiones “subsidiarias” encaminadas al reconocimiento de derechos convencionales, contenidas en la reforma de la demanda.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso la apoderada del demandante solicita se estudie la procedencia del pago de indemnización por despido sin justa causa, pues la resolución mediante la cual SERVICOPAVA dio por terminado el acuerdo cooperativo no tuvo una justa causa, ni hubo una renuncia voluntaria del demandante, quien posteriormente fue vinculado con la empresa SAI. Así mismo, pide que se acceda a lo pretendido en la reforma de la demanda respecto de la extensión de los beneficios convencionales por haberse declarado la existencia del contrato de trabajo con AVIANCA S.A. Por último, considera que se debe condenar al reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas en la demanda inicial para los años 2018 y 2019, en los que AVIANCA S.A. ha continuado la tercerización indebida a través de la empresa SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS – SAI (Audiencia virtual del 9 de junio de 2021 - CD 2 video 2 Min. 50:16)¹.

En el recurso de AVIANCA S.A., su apoderado pidió que se revoque en su totalidad de la decisión de primera instancia pues no existió contrato de trabajo con el demandante y el juzgador se basó en la Recomendación 198 de la OIT, la cual no ha sido “*ratificada*” por Colombia. En todo caso, resaltó que el

¹ “Su señoría buenas tardes muchas gracias me permito presentar recurso de apelación en los siguientes términos: bueno, en cuanto, perdón... sí, en cuanto a la indemnización por despido sin justa causa toda vez me gustaría que se analizaran por el tribunal superior de Bogotá la resolución 451 del 2017 mediante la cual Servicopava le da por terminado el acuerdo cooperativo del señor José Armando Corredor sin justa causa pues toda vez que el no presento la renuncia voluntaria a la cooperativa para ser vinculado posteriormente con SAI. En cuanto a la reforma a la demanda me gustaría que se, que el tribunal superior de Bogotá y respetuosamente solicito que se declaren las siguientes las siguientes pretensiones que se elevaron con la con la reforma a la demanda como son lo las extensiones de los beneficios convencionales al haberse decretado y declarado un conv... un contrato de trabajo entre Avianca y el señor José Armando Corredor, el por extensión tendría derecho a los beneficios convencionales de las convenciones colectivas de trabajo que allego esta parte expedidas por el ministerio del trabajo, entonces en cuanto a eso me gustaría también que se declararan y se condenara a Avianca a reconocer esas extensiones de beneficios convencionales a favor del demandante. También en cuanto a las pretensiones de prestaciones sociales que también se solicitó tanto en el escrito principal de la demanda como en la reforma, en cuanto a prestaciones sociales del señor José Armando Corredor entre los años comprendidos entre el 2018 y 2019, que la demandada Avianca pues lo tuvo contratado por medio ya no de Servicopava sino por medio de la empresa SAI Servicios Aeroportuarios Servicios Aeroportuarios Integrados una vez termino el contrato con Servicopava el señor José Armando Corredor fue vinculado por medio de esta entidad y a partir de ahí pues también se le adeudarían prestaciones sociales, acreencias laborales por seguir estando tercerizado luego de la terminación del convenio que se había suscrito con Servicopava, en estos términos su señoría presento mi recurso de apelación y pues reitero que solicito respetuosamente a la Sala Laboral de decisión del tribunal superior de Bogotá pues que... que específicamente en cuanto a estas manifestaciones se reconozcan a favor de la parte demandante, muchas gracias su señoría”.

proceso de asistencia en tierra no hace parte del objeto social de Avianca como lo han señalado diversas sentencias del “*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá*” en las que se entendió que la cooperativa ejecutó un contrato de manera autónoma, situación de la cual fueron testigos JUAN PABLO ARBELÁEZ y MARLENY INFANTE PRADA. Dicha autonomía no se puede desestimar por la existencia de un carné en el que también se encontraba el nombre de SERVICOPAVA. Afirma que la interventoría de AVIANCA fue pactada en la *oferta mercantil*, y que fue la cooperativa la encargada de pagar compensaciones, ejercer la facultad disciplinaria, dar órdenes, conceder permisos, y de suministrar herramientas y equipos pues se encontraban a cargo de SERVICOPAVA al ser entregados por AVIANCA en comodato, como lo confesó el demandante en interrogatorio y lo refirieron los testigos. Señaló que no se tuvo en cuenta el testimonio de MARLENY INFANTE PRADA quien indicó que eran 64 los clientes de la cooperativa, incluida la aerolínea demandada. En cuanto al seguro de vida tomado por AVIANCA a favor del actor, resaltó que, como lo señaló el representante legal de la entidad, fue tomado por exigencia de la OPAIN (Audiencia virtual del 9 de junio de 2021 - CD 2 video 2 Min. 52:57)².

² “Pues estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la totalidad del fallo que acaba de ser proferido con base en los siguientes argumentos: En primer lugar, el despacho tuvo como una de la bases para la condena a mi representada la recomendación 198 de la OIT, sin embargo debemos señalar, y es y le hago especial mención al tribunal sobre dicha recomendación la cual no ha sido ratificada por Colombia. Adicionalmente el despacho señaló que para que se pudiera tener como indicio de subordinación debía existir por parte del contratista un resultado propio, y un resultado final respecto a la producción de bienes y si se evidenciaba que existía una... una delegación de alguna tarea sin que tuviera resultado final pues era un indicio de subordinación, al respecto pues debemos tener en cuenta que el proceso de asistencia en tierra no hace parte del objeto social de mi representada y me permito citar como referencia la sentencia de... del fecha 5 de abril de 2021, con radicación 2018-144 y del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá cuyo Magistrado Ponente es el Doctor David Correa Esteer donde señala en un caso de similares proporciones que las cop... no se puede desconocer que las cooperativas de trabajo les está permitido contratar con terceros procesos productivos y dentro de y dentro del objeto social de la cooperativa se encontraba el proceso administrativo de servicios aeroportuarios para lo cual suscribió un contrato con Avianca y ejecuto de manera autónoma desde el año 2003, eh autonomía que no se desa... no se desacredito ni siquiera por el tema de los carnets en donde los cuales se encontraba también el... el... la el nombre de Servicopava. Adicionalmente la mencionada oferta mercantil se pactó una cláusula de interventoría y en este punto era donde ejecutaba pues la... la revisión Avianca del proceso que estaba a cargo de Servicopava en la oferta mercantil y esta situación no supone en ninguna forma que el contratante Avianca haya asumido una actitud subordinante respecto al demandante ni los afiliados a la cooperativa, así las cosas pues se acredito que Servicopava era la responsable (sic) de pagar las compensaciones, de ejercer la facultad disciplinaria y sancionatoria de sus cooperados, de conceder los permisos y en el en efecto el tema de las herramientas y de los, de las, de los equipos utilizados para esta esta labor de asistencia en tierra, si bien eran propiedad de Avianca esta

En el recurso de SERVICOPAVA su apoderado manifestó coadyuvar *los fundamentos de derecho y de hecho*” del recurso de AVIANCA, y resaltó que el demandante nunca estuvo vinculado por medio de un contrato de trabajo, sino a través de un convenio asociativo que suscribió de manera libre y voluntaria, y que autorizó los descuentos propios de dicha afiliación los cuales fueron devueltos al finalizar el vínculo conforme a la Ley, recibió el pago de las compensaciones mensuales, semestrales y anuales, e intereses, aportes a seguridad social y “vacaciones”, como se evidencia en los históricos de pagos y en la liquidación, así como beneficios exclusivos de auxilio de gafas, créditos,

circunstancia estaba justificada y estaba justificada en el contrato de comodato que en el cual Avianca le entrego a la ala a la Cooperativa estos equipos para operar y en el... en el... en... en tal como lo señala el tribunal en la sentencia anteriormente referida este hecho está permitido legalmente sin que na... sin que se pueda considerar que se desprende subordinación por... por el comodato suscrito entre las partes. De igual manera el despacho de primaria instancia señalo que es un indicio de subordinación el hecho de que exista solo un beneficiario del servicio sin embargo tal como lo señalo la testigo Marleny Infante Prada en su en su declaración aunque las operaciones estaban dentro del aeropuerto el Dorado esta misma testigo señalo que la cooperativa no solamente tenía contrato con Avianca sino con 64 clientes más, por lo cual esta esté indicio de subordinación a un solo cliente pues quedo desvirtuado fue en el debate probatorio. Adicionalmente otro de los puntos que considero el juzgado para la existencia de subordinación fue la... la... el... el que habían que hubieran tomado un seguro para el demandante sin embargo pues tal como lo señaló el representante legal de Avianca en su declaración este seguro era por requisito establecido por la OPAIN, en el cual el tenedor de los espacios que era Avianca era quien debía tener este seguro en caso pues de... de cualquier tipo de eventualidad. Entonces quisiéramos hacer especial mención al hecho de que en el interrogatorio de parte el mismo demandante realizó pues en su declaración confesiones en las cuales pues queda evidencia que no existía la subordinación laboral donde señaló en el... en el... en el... en todo el proceso no quedo ninguna evidencia de algún tipo de subordinación por parte de Avianca y por el contrario el demandante señaló que las ordenes eran recibidas por parte del personal de Servicopava, que esta cooperativa era quien le pagaba y la afilio y lo afiliaba a seguridad social y le pagaba las compensaciones anuales, mensuales y semestrales y que los permisos eran solicitados directamente a dicha cooperativa hecho que también fue reiterado en los testimonios de los de los que... que trajo el demandante tales como el señor Danilo Alexis Hernández, donde también confirmó que estos pagos y estas afiliaciones eran hechas por Servicopava y que las instrucciones las daban los jefes que pertenecían a Servicopava por lo que pues en en las pruebas, los testimonios y declaraciones efectuadas en el presente caso así como el testimonio de Juan Pablo Arbeláez y Marleny Infante Prada dieron cuenta de la existencia de una vinculación comercial entre Servicopava y Avianca a través de la cual Servicopava era totalmente independiente con su gestión y su personal. Finalmente pues solicitamos al honorable tribunal tener en cuenta los las sentencias absolutorias a Avianca en casos similares tales como la sentencia de 2017-065 del 17 de septiembre de 2018, demandante Jorge Luis Turizo, la sentencia 2018-178 del 14 de agosto de 2019, demandante Luis Ricardo Botache, la sentencia 2017-195, del 30 de noviembre del 2020, demandante Jesús Rincón Buitrago, el proceso 2018-393, de fallo del 30 de noviembre de 2020, demandante Juan Pablo Bedoya, el proceso 2018-403, del 26 de febrero del 2021, demandante Mauricio Quintero Medina y la sentencia que señale anteriormente, la del 5 de abril del 2021, con radicación 2018-144, demandante Uberney Chalarca Betancur para que eh teniendo en cuenta esta línea jurisprudencial se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones y en su lugar se revoque la sentencia de primera instancia para que no se emita ninguna condena en contra de Avianca, muchas gracias”.

“temas” de estudio o vivienda, regalos e incentivos aplicables sólo para asociados de la cooperativa, los cuales solicitaba directamente, sin desconocer en ningún momento la naturaleza de su vinculación. Por último, refirió que la relación que tuvo esa Cooperativa con el demandante no terminó por una decisión caprichosa, sino debido a la terminación de las ofertas mercantiles con todos sus clientes, incluyendo a AVIANCA, por lo que era imposible reubicarlo en un cargo similar (Audiencia virtual del 9 de junio de 2021 - CD 2 video 2 Hora 1:01:03)³.

³ “Buenas tardes su señoría encontrándome dentro del término procesal para hacer conforme en el término procesal para realizar interponer el recurso de apelación me permito indicar que coadyuvo los fundamentos de derecho y de hecho realizados por el apoderado de Avianca y adicional a ello fundamento la apelación en lo siguiente, mani... me permito manifestar que me causa desconcierto las razones y apreciaciones que ha emitido el honorable juez por ende solicito de manera respetuosa al tribunal que revoque la decisión de primera instancia y proceda a la absolución a mi representada en el presente proceso laboral de primera instancia ello habida cuenta de cómo ya quedo demostrado a largo del presente demanda el demandante jamás tuvo la calidad de un trabajador en incursión de un contrato de trabajo sino que se vinculó mediante un convenio de asociación de forma libre y voluntaria, ahora bien es preciso redactar al despacho que la citada relación asociativa con el hoy demandante no se terminó por capricho de mi próvida (sic) prohijada sino porque se terminó mediante una resolución de retiro de labores obedeciendo una causal objetiva es decir porque todas las ofertas mercantiles con las demás empresas clientes se habían terminado no solo con Avianca sino con las 65 empresas clientes que tenía mi cliente y la imposibilidad de reubicar al trabajador en un cargo similar al que el ostentaba. Además solicito al honorable tribunal tener en cuenta que la naturaleza asociativa del demandante quedo como completamente mostrada ya que el actor no solo solicito de manera voluntaria a través de unos escritos firmados de puño y letra su solicitud de ingreso a la cooperativa sino que también autorizo los descuentos de sus aportes sociales los cuales por supuesto tal como lo ordena la ley le fueron devueltos al finalizar la relación asociativa así como también quedo completamente evidenciado que la cooperativa de trabajo asociado Servicopava le pago al demandante las compensaciones mensuales, semestrales intereses a las a los compensaciones anuales así como también le pago su rendimientos y adicional a eso el mismo demandante so... pudo ser o adquirir beneficios que solo podían obtener los trabajadores asociado de Servicopava como era el del auxilio de gafas, el de los créditos y regalos que le entregaba la cooperativa a sus trabajadores asociados, incentivos que la cooperativa le entregaba. Con base en lo expuesto no es claro el motivo por el cual el demandante desconoce hoy la vinculación asociativa la cual a lo largo de la misma siempre fue plenamente reconocida y aceptada por el actor toda vez que durante la vigencia del convenio asociativo el demandante jamás manifestó a la cooperativa estar inconforme con su forma de vinculación o estar inconforme al no recibir vacaciones o el pago de las misma toda vez que las mismas si se efectuaban anualmente las disfrutaba el demandante y adicional a eso también podía disfrutar de sus compensaciones anuales para realizar lo de acuerdo para temas de estudios o de vivienda las cuales le solicitaba directamente a la cooperativa y la cooperativa diligentemente se las consignaba a él como se puede evidenciar en los históricos de pagos, de compensaciones y la liquidación de que se encuentra en el expediente. Aunado a lo anterior me permito resaltar que fue tan cierta la calidad de asociado que hoy tenía el demandante con Servicopava que durante el tiempo que duro su vínculo asociativo la mi representada le pago y afilio al sistema de... de seguridad social EPS, EPS, ARL y le consigno los aportes al fondo de pensiones adicional a ello quiero que el tribunal tenga en cuenta que Servicopava jamás ha actuado inter como intermediaria en el presente proceso toda vez que Servicopava y Avianca firmaron una un contrato de prestación de servicios en la modalidad de oferta mercantil en el año 2003 y orden de compra de servicios en virtud de la cual la cooperativa de manera autónoma, independiente y autogestionaria en los términos de ley cooperativa cubrió la totalidad de los procesos y subprocesos que no están contemplados dentro de la actividad mencionada en las etapas productivas en dicha empresa en el

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. –AVIANCA S.A.- y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA se firmó una *oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos*, vigente entre el 1 de septiembre de 2003 y el 31 de diciembre de 2017 (folios 329 a 341, 476 a 664); (ii) que el demandante se vinculó a SERVICOPAVA mediante la suscripción de un acuerdo cooperativo de trabajo asociado el 24 de octubre de 2012 que terminó la referida cooperativa unilateralmente el 10 de noviembre de 2017 (folios 70, 74 a 76 y 111).

En consonancia con los recursos de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si se acreditó la existencia de contrato de trabajo entre AVIANCA S.A. y el demandante, en el cual SERVICOPAVA actuó como simple intermediario; en dado caso: (ii) si procede el reconocimiento a favor del actor de los beneficios contenidos en las convenciones colectivas allegadas al plenario, (iii) si hay lugar al reconocimiento de indemnización por despido injusto, y (iv) si hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que se hubieran causado durante los años 2018 y 2019 y/o de sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales al terminar el vínculo.

(i) RELACIÓN LABORAL. Para resolver sobre la existencia de un contrato de trabajo entre las partes de este proceso, son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST que definen al contrato de trabajo y sus elementos, y el artículo 59 y concordantes de la Ley 79 de 1988 que regulan el *trabajo asociado*.

desarrollo de la citada oferta mercantil en la cual participo el demandante y nunca tuvo ningún reparo en... en contra Servicopava. Así mismo solicito por último solicito al tribunal absuelva y... y revoque el fallo de del juez de primera toda vez que... que cada una de las pretensiones formuladas por la parte demandante no tiene fundamento factico y jurídico para que sea condena Servicopava en el presente proceso con esto dejo sustentado los alegatos de conclusión su señoría. Perdón de apelación”.

De acuerdo con estas normas, en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo subordinado diferentes, a saber: el que presta un *trabajador* en favor de otra persona bajo contrato de trabajo (al cual le es aplicable la legislación laboral), y el que presta un *asociado* en favor de la cooperativa de la cual forma parte al cual no se le aplica la legislación laboral.

Sobre esta última modalidad –que alega ocurrida la demandada- se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para advertir la validez de la estipulación normativa que excluye al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, siempre y cuando dicha forma de vinculación no se utilice *“de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de [TERCERAS] personas naturales o jurídicas”*⁴.

⁴ Sentencia del 6 de diciembre de 2006. MP. GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA radicación 25713. *“Debe la Corte precisar que la contratación con cooperativas de trabajo asociado para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios se halla permitida y reglamentada por la ley, pues constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas. Pero es claro que la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral. Por esa razón, cuando se ha contratado a una cooperativa de trabajo asociado para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinados bienes, es claro que en el evento de que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, como con acierto lo concluyó en este caso el Tribunal, lo cual es fiel trasunto del principio de la primacía de la realidad, elevado hoy a rango constitucional por el artículo 53 de la Constitución Política. Y no podrá considerarse legalmente en tales eventos que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo*

Con base en ello la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las personas naturales o jurídicas que se beneficiaron del servicio personal cuando se demuestra en el expediente que fueron verdaderos empleadores por haber ejercido el poder subordinante del cual está investido un *empleador* frente a la persona que prestó el servicio.

Sobre este elemento -la subordinación- la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado, claramente, que la posibilidad de *delegación* en el beneficiario de los servicios del control y dirección de la actividad que desarrolla el trabajador está prevista para relaciones jurídicas diferentes al Trabajo Asociado, entre ellas las que surgen entre la empresa usuaria y una Empresa de Servicios Temporales, NO para las Cooperativas que vinculan trabajadores al servicio de terceros. Textualmente dijo la Corte en la sentencia referida lo siguiente: *“no podrá considerarse legalmente en tales eventos [de trabajadores asociados al servicio de terceros] que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta, porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa*

lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión. Desde luego, no podrá considerarse que en quien ha acudido a la fraudulenta utilización de la contratación con una cooperativa de trabajo asociado exista algún elemento que razonablemente pueda ser demostrativo de buena fe de esa persona, porque si realmente ostenta la calidad de empleadora, se estará en presencia de una conducta tendiente a evadir el cumplimiento de la ley laboral, lo que, en consecuencia, amerita la imposición de sanciones como la moratoria debatida en el presente proceso”.

de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión”.

Así las cosas, en procesos como el presente se deben estudiar las pruebas del expediente para verificar si se demostró que la *subordinación* la ejerció realmente la Cooperativa caso en el cual la excepción normativa cobrará vigencia, o si la subordinación y control del servicio lo ejerció el tercero que se benefició de los servicios caso en el cual se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo con él y que la Cooperativa actuó como un *simple intermediario*.

El artículo 35 del CST define al *simple intermediario* como aquel que contrata a otras personas para que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Como el simple intermediario no es un empleador, las obligaciones que surjan en favor de los trabajadores se entenderán radicadas en cabeza de la persona natural o jurídica que se benefició del servicio, dichas obligaciones surgirán de las normas legales y convencionales que regulan las relaciones de trabajo que ese verdadero empleador esté ejecutando con los trabajadores a los que contrató directamente.

Para discernir adecuadamente los límites del simple intermediario frente a otras figuras, en casos puntuales, el mismo artículo 35 CST estableció quienes se consideran simples intermediarios. Dice la norma que tienen esta calidad *“aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”.*

Con base en lo dicho hasta ahora, cuando en el proceso se demuestre (i) que la persona natural o jurídica que afirma ser un empresario agrupó o coordinó los servicios de trabajadores en beneficio de terceros y éstos desarrollaron actividades ordinarias inherentes o conexas a las actividades del contratante, (ii) que las labores se desarrollaron utilizando locales, equipos, maquinarias,

herramientas u otros elementos del contratante de ese tercero, y (iii) que ejerció el poder subordinante y el control de las actividades de esos trabajadores fue el beneficiario de las labores, el juez declarará en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política) que el verdadero empleador el que se benefició de los servicios y que la Cooperativa contratista actuó como un *simple intermediario*, con todas las consecuencias que ello acarrea en cuanto a los derechos convencionales que se pudieron haber causado.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, pues las pruebas aportadas demuestran que el demandante prestó un servicio en favor de Avianca, bajo la subordinación y control de ésta, y utilizando elementos de su propiedad.

Se prueba que los servicios del actor se prestaron a favor de AVIANCA S.A., con la *oferta mercantil* suscrita entre ésta y SERVICOPAVA (folios 329 a 341, 476 a 664) conforme a la cual el demandante fue asignado para desempeñarse como *auxiliar operaciones terrestres* a favor de la aerolínea, a partir del 24 de octubre de 2012 (folio 71), cargo que fue modificado posteriormente al de *Agente de Operaciones Terrestres* conforme a los “*estándares de calidad exigidos por la empresa cliente*” (folio 73) y desempeñó hasta su retiro el 10 de noviembre de 2017 (folios 74 a 76). Además, declararon sobre esta materia la representante legal de SERVICOPAVA en interrogatorio de parte⁵, así como por los testigos MARLENE INFANTE PRADA⁶, DANILO ALEXIS HERNÁNDEZ NOGUERA⁷ y JULIO ORLANDO MARTÍNEZ VACA⁸. Si bien se propuso tacha de sospecha frente a los dos últimos, por ser demandantes en procesos similares⁹, la Sala no puede concluir de ello que la declaraciones

⁵ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – CD 3 Hora 1:02:10.

⁶ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – CD 3 Hora 1:42:40.

⁷ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – CD 3 Hora 1:16:59.

⁸ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – CD 3 Hora 1:59:46.

⁹ Así lo reconocieron en sus declaraciones.

sobre los hechos que presenciaron no sean veraces, por el contrario lucen espontáneas y resultan útiles para dilucidar de su dicho la forma como se prestaban los servicios del demandante, pues se trataba de sus compañeros de trabajo, además en lo pertinente las declaraciones coinciden con el contenido de los documentos arrimados al expediente.

Sobre la subordinación y control que ejercía la demandada sobre los servicios que prestó JOSÉ ARMANDO CORREDOR RUBIO, obra como prueba el mismo documento, del cual se evidencia que el oferente –SERVICOPAVA- no tenía independencia en la contratación del personal, pues debía ajustarse “*al perfil requerido*” por AVIANCA S.A.¹⁰, y que esta empresa podía verificar “*el cumplimiento de los estándares requeridos*” mediante “*labores de coordinación e interventoría*”¹¹ las cuales debían ser acatadas por la Cooperativa, junto con la obligación de divulgar y aplicar dichos estándares por parte de su personal¹². Así mismo la cooperativa se comprometió a implementar el “*modelo Gestión de Aliados Estratégicos*” establecido por la aerolínea¹³ y las “*reglas de acceso y circulación*” dentro de sus instalaciones¹⁴ los cuales eran de estricto cumplimiento para los asociados.

Aunado a lo anterior, del acuerdo de trabajo asociativo con SERVICOPAVA suscrito el 24 de octubre de 2012 (folio 667) se advierte que aún antes de su ingreso –e incluso antes de su solicitud de afiliación a la cooperativa presentada en la misma calenda (folio 669)- el 21 de agosto de 2012 se le impartió inducción en “*sensibilización en valores, beneficios y (sic) marco estratégico de AVIANCA*” (folio 794), el 19 de octubre siguiente, se le entregó el “*código de ética de la empresa cliente Avianca*”, el cual debía cumplir so pena de sanción disciplinaria (folios 191 a 207 y 782). Igualmente, al momento de su vinculación se le informó acerca del deber y compromiso de cumplir “*las responsabilidades requeridas por [la] empresa cliente*” (folio 785). El 29 de abril

¹⁰ Cláusula Segunda inciso 2º numeral 1.

¹¹ Cláusula Segunda inciso 1º.

¹² Cláusula Segunda inciso 2º numeral 16 y 17.

¹³ Cláusula Segunda inciso 2º numeral 10.

¹⁴ Cláusula Segunda inciso 2º numeral 13.

de 2016 se modificó la denominación de su cargo y las responsabilidades conforme a los “*estándares de calidad exigidos por la empresa cliente*”, que incluyó el deber de cumplir los *procedimientos, recomendaciones y restricciones de Operaciones Terrestres “publicados por el cliente*”, la asistencia a capacitaciones “*de la empresa cliente*” y la aprobación y mantenimiento en vigencia de los cursos de entrenamiento para atención de aeronaves y procesos de “*la aerolínea cliente Avianca*” (folio 786). Sobre esto último obran certificaciones emitidas por la referida empresa respecto a la aprobación de cursos (folios 112 y 113), así como correos electrónicos remitidos al demandante acerca de eventos o peligros en la operación, misión de la empresa, y la exigencia de certificación de cursos (folios 127 a 135, 140 a 148, 169). También se advierte que las plataformas digitales de cursos de capacitación y de asignación de turnos se encontraban a cargo de AVIANCA S.A. (folios 173, 174, 185 y 208 a 210).

Los elementos de prueba analizados indican claramente que el elemento subordinación entendido como la facultad de impartir ordenes sobre modo, cantidad, y calidad del servicio, y la *facultad de imponer reglamentos* la desarrollaba la empresa demandada. Sobre la valoración probatoria en esta materia, reciente línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- ha reconocido el “*haz de indicios*”¹⁵ compilado en la Recomendación 198 de la OIT¹⁶ como un instrumento útil para “*examinar de*

¹⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3695-2021 Rad. 79334 M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ: “*Precisamente en la última providencia (CSJ SL1439-2021), la Sala recopiló varios indicios que la jurisprudencia ha identificado, que si bien no son reglas exhaustivas, dado el carácter dinámico y circunstancial de las relaciones de trabajo, se relacionan con los mencionados en el referido instrumento internacional, así:*

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)”.

¹⁶ La cual, contrario a lo señalado por el apoderado de AVIANCA S.A. en su apelación, no está sujeta a ratificación, pues ésta aplica únicamente a los Convenios, según el artículo 19 de la Constitución de la OIT.

modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta, cuando la subordinación no parece encajar en la forma tradicionalmente entendida como la “integración del trabajador en la organización de la empresa”¹⁷.

Aunque lo anterior resultaría suficiente para decidir como se anunció, las pruebas del expediente demuestran además que los elementos de trabajo eran propiedad de Avianca, lo que permitiría inferir la condición de simple intermediario en la Cooperativa. Se probó que la *destinataria de la oferta* – AVIANCA S.A.- tenía la obligación de entregar “*en comodato los equipos, herramientas o elementos*” que la cooperativa requiriera para que los trabajadores prestaran sus servicios. No sobra recordar que en el contrato de comodato el propietario del bien los entrega en *préstamo* a título gratuito, y advertir que en el caso bajo estudio la entrega no se limitó a unos pocos bienes que resultasen indispensables por su especificidad o elevado costo que justificara el préstamo por parte de la contratante¹⁸, como lo manifestaron las demandadas en los interrogatorios de parte¹⁹, el comodato se suscribió como contrato “*accesorio*” a la referida *oferta mercantil* suscrita y en su ejecución AVIANCA S.A. entregó más de quinientos (500) elementos y equipos de oficina, tales como computadores, archivadores, sillas, puestos de trabajo, televisores, impresoras, etc., los cuales estaban taxativamente asignados a

¹⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3436-2021 Rad. 81830 M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ: “*Por último, es oportuno señalar que la jurisprudencia más reciente de la Corte (CSJ SL 4479-2020 y CSJ SL1439-2021) ha destacado la importancia de la Recomendación 198 de la OIT, que compila un haz de indicios enunciativo para resolver problemas complejos que se ven en las dinámicas de trabajo actuales, especialmente los que se presentan en sectores económicos fragmentados en los que se ha expandido la externalización de servicios. En la primera decisión, la Corporación señaló que uno de tales indicadores de una verdadera relación laboral es justamente la «integración del trabajador en la organización de la empresa».*

En ese sentido, la verificación de que el trabajador estaba vinculado a un ente carente de estructura propia, especializada, sin dominio de los medios de producción ni autonomía en la selección del personal y todo esto se correlaciona con una evidente integración del trabajador a la estructura organizativa y productiva de la empresa, serían elementos suficientemente indicativos de una relación laboral subordinada y de la intención oculta de encubirla”.

¹⁸ Como equipos Avantel, tractores, montacargas, camionetas, etc.

¹⁹ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – CD 3 Min. 41:31 y Hora 1:02:10, respectivamente.

cada uno de los cargos que previamente estableció la oferta (folios 495 a 657). Además, por tratarse de un comodato *precario*, AVIANCA S.A. conservó la facultad de exigir los elementos prestados “*en cualquier tiempo*”²⁰ circunstancia a todas luces contradictoria con la prestación del servicio por terceros que tuvieran “*autonomía técnica, administrativa y directiva*”²¹. La ausencia de autonomía se expresa también en la incapacidad financiera del contratista, al punto que le impedía responder por los riesgos de su labor si prescindía del contrato con AVIANCA S.A., única aerolínea con la que habían suscrito la prestación de los servicios, tal como lo afirmó la testigo MARLENE INFANTE PRADA²² encargada del área de Recursos Humanos de la cooperativa, quien si bien manifestó que tenían convenios con un total de 62 empresas clientes –pese a que el representante legal de la misma entidad únicamente señaló un total de 32²³–, dijo que una vez AVIANCA S.A. decidió terminar unilateralmente la vinculación en septiembre de 2017 (folio 658) la cooperativa resolvió, en diciembre del mismo año, terminar “*de común acuerdo*” los vínculos con sus demás clientes (folio 660) y entró en estado de disolución y liquidación a principios de 2018 (folios 662 a 666).

Además de las pruebas analizadas, el Tribunal encuentra otros indicios de intermediación en la Cooperativa, pues desde la aceptación de la *oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos* por parte de AVIANCA S.A. (folios 329 a 341, 476 a 664) el oferente –SERVICOPAVA– se comprometió a asignar asociados para ocupar las *posiciones* –cargos– en una cantidad variable “*conforme a las necesidades de EL (sic) DESTINATARIO DE LA OFERTA*”²⁴, y Avianca se comprometió a pagar la suma equivalente a “*multiplicar las tarifas unitarias (...)*

²⁰ Artículo 2219 del CC: “*El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo*”.

²¹ Cláusula Segunda inciso 1º de la Oferta Mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos.

²² Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – CD 3 Hora 1:42:40.

²³ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – CD 3 Hora 1:02:10.

²⁴ Cláusula Primera y su párrafo.

*previstos (sic) por cada asociado enviado a apoyar cada uno de los procesos*²⁵ según las asignaciones por compensación establecidas para cada *posición* en el anexo no. 1 de la oferta (folios 490 a 493), situación claramente indicativa de que en realidad se firmó un contrato de suministro de personal, pues no se pagaba por el desarrollo de una labor global o el alcance de un objetivo determinado, sino por el número de personas que prestarían el servicio. La empresa contratante conservó, además, la facultad de *aumentar o disminuir* el número de trabajadores asociados en cada cargo según sus necesidades; tampoco podía SERVICOPAVA subcontratar o ceder la prestación del servicio²⁶ lo que da cuenta de la escasa libertad que tenía en dicha relación comercial.

Si bien dentro de las obligaciones de la cooperativa respecto de sus asociados se encuentran la de pagar subsidios de transporte, entrega de dotaciones y uniformes, y la adquisición de pólizas de riesgos, lo cierto es que según diversos correos electrónicos Avianca tenía a cargo de el *reembolsos* por los transportes (folios 114 a 126, 137 a 139, 149 a 153), la entrega de dotaciones y uniformes (folios 154 a 161, 211 y 212), y la adquisición de pólizas de vida para asegurar al accionante frente a los riesgos de muerte, incapacidad total y permanente, enfermedades graves y auxilios por muerte y por ITP (folios 226 a 228). No se probó, como se alegó en el recurso de apelación, que tales situaciones obedecieran a exigencias legales de la operación²⁷.

Así pues, obran elementos de prueba suficientes para entender que existió una indebida intermediación en la vinculación del demandante por parte de SERVICOPAVA, pues pese a que entre la cooperativa y AVIANCA S.A. se suscribió un contrato de prestación de servicios por aceptación de la pluricitada *oferta mercantil*, el servicio del actor se prestó de manera exclusiva y continua a la aerolínea, quien se reservó amplias capacidades de control sobre los servicios y exigió el cumplimiento de reglamentos con el pretexto de mantener

²⁵ Cláusula Cuarta.

²⁶ Cláusula Décima Segunda.

²⁷ Ver folios 309 a 328, CD 3 Min. 41:31 y CD 4 Min. 52:57.

ciertos *estándares*, las labores se realizaron en las locaciones de AVIANCA y para cumplirlas suministró las herramientas, materiales y uniformes, de lo cual resulta claro que el trabajador estuvo integrado en su *organización y estructura empresarial*.

Ante esa realidad, resultan insuficientes para desvirtuar el verdadero vínculo aspectos formales como la denominación o tipo de vínculo que contienen los documentales analizadas y los demás que obran en el expediente como la solicitud de vinculación del actor a la cooperativa y su aceptación (folios 669 y 670), la suscripción de un convenio asociativo (folios 70 y 668), la autorización de descuentos por concepto de *cuota solidaria* de consignación de su “*suelo*” en una cuenta de nómina (folios 671 y 672), que ésta lo hubiera asignado para prestar sus servicios a favor de AVIANCA S.A., o que fuera quien comunicó acerca de la nivelación salarial (folios 71 y 72) y dispusiera su retiro de labores (folios 74 a 76), o hubiera realizados los pagos de nómina y liquidación (folios 77 a 98 y 710 a 719), o que en el anverso del carné del trabajador aparezca con la anotación que éste “*no implica ni genera relación u obligación laboral alguna entre su portador y la Empresa AVIANCA S.A.*” (folio 106), así como que haya sido la encargada de elaborar certificación de desarrollo de labores asociativas o hubiera efectuado la afiliación y los pagos a seguridad social y caja de compensación (folios 111, 678 a 709, 720, 722 y 723), o la existencia de planillas de asistencia con el logotipo de SERVICOPAVA (folios 726 a 755), o las solicitudes de permisos, descansos y pagos a ésta (folios 756 a 775); incluso la citación y desarrollo de una audiencia de descargos (folios 777 a 780). En materia laboral prima la realidad sobre las formas y se acreditó – según lo dicho- que el demandante desarrolló una labor personal y subordinada con la sociedad AVIANCA S.A., en la cual SERVICOPAVA actuó como un simple intermediario.

Igualmente resulta insuficiente el testimonio que rindió JUAN PABLO ARBELÁEZ ARANGO²⁸, gerente de operaciones terrestres de AVIANCA S.A.,

²⁸ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – CD 3 Hora 1:34:56.

quien se limitó a señalar que no conoce al demandante, que dicha empresa no se encargaba de prestar directamente el servicio que desarrollaba SERVICOPAVA ni tenía injerencia sobre la selección de personal, ni impartía órdenes, aunque aceptó que sí entregaba el horario pero que era la cooperativa quien asignaba los turnos.

ii) En cuanto al reconocimiento de beneficios convencionales, sea lo primero señalar que, contrario a lo considerado por el juzgador de primera instancia, las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda no son de tipo subsidiario, pues textualmente se lee que las mismas se adicionan a los pedimentos principales de la demanda inicial (ver reforma de folios 803 a 812), razón por la cual procedía su estudio.

En consecuencia, se tiene que las organizaciones sindicales pueden celebrar con el empleador convenciones colectivas, las cuales, según el artículo 467 del CST, permiten fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, y sólo producirán efectos cuando se efectúe su depósito (artículo 469 *ibídem*). Los derechos consagrados en la convención cobijarán a los miembros del sindicato y solo cuando el total de integrantes supere una tercera parte del total de trabajadores de la empresa, se podrán extender a los demás trabajadores (artículo 470 *ibídem*) aún si ello ocurriera con posterioridad a la suscripción del acuerdo convencional (artículo 471 *ibídem*).

Bajo estas reglas y como quiera que se encontró acreditada la existencia de una verdadera relación laboral del actor con AVIANCA S.A. entre el 24 de octubre de 2012 y el 10 de noviembre de 2017, el demandante se podría beneficiar de las convenciones colectivas allegas al plenario suscritas entre AVIANCA S.A. y las organizaciones SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE AVIANCA “SINTRAVA” y SINDICATO DE LA INDUSTRIA DE TRANSPORTE AÉREO “SINDITRA” vigentes del 1 de julio de 2010 al 30 de junio de 2015 y del 1 de julio de 2015 al 30 de junio de 2020, con las correspondientes constancias de depósito (CD 2) si hubiera

demostrado su afiliación a dichos sindicatos, o que alguno de ellos tuvieran como miembros más de la tercera parte de los trabajadores de AVIANCA S.A..

Como tales hechos no fueron probados, no es posible reconocer los beneficios, razón por la cual se confirmará también la sentencia de primera instancia en este aspecto en este aspecto.

iii) INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO. Si bien en la demanda se dirige esta pretensión en contra de SERVICOPAVA²⁹, la misma debe estudiarse respecto del verdadero empleador -AVIANCA S.A.-, pues, como se dijo antes, la referida cooperativa de trabajo únicamente fungió como un simple intermediario y su verdadero empleador fue la mencionada aerolínea.

El artículo 64 del CST dispone el pago de indemnización ante la *“terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador”*, de lo cual resulta claro que solo existe dicha responsabilidad cuando se demuestra en el proceso que el contrato de trabajo terminó y que la decisión en ese sentido la tomó el empleador, carga que el artículo 167 del CGP asigna al demandante que reclama el pago.

Revisado el expediente el Tribunal se abstendrá de dictar la condena que reclama el recurso, pues el demandante no demostró –como era su deber procesal³⁰– que el contrato hubiera terminado por una decisión unilateral de la aerolínea demandada.

Por el contrario, en la demanda se afirma que el vínculo laboral con AVIANCA S.A. continuó después de la intermediación de SERVICOPAVA S.A. mediante

²⁹ Reforma de Demanda, pretensión condenatoria No. 3 (folio 806): “3. Que se condene a Servicopava a pagar al demandante indemnización por despido sin justa causa”.

³⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2805-2020 Rad. 76988 M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN: “al ser una carga del trabajador demostrar el despido, en todo caso no se abriría paso el reconocimiento de la sanción deprecada”.

la empresa SAI³¹, hecho sobre el cual declaró el testigo JULIO ORLANDO MARTÍNEZ VACA, quien indicó que al ser desvinculado de SERVICOPAVA, el actor continuaba prestando servicios para AVIANCA S.A. a través de SAI³².

En el mismo sentido y en respuesta a la apelación interpuesta por AVIANCA S.A. que se opuso a la totalidad de las condenas proferidas en su contra, no procedía condena alguna a título de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 de CST, pues esta se causa por la falta de pago de los *“salarios y prestaciones debidos”* al trabajador *“a la terminación del contrato”*, hecho que no se demostró que hubiera ocurrido en este proceso, se reitera, incluso desde el libelo inicial el extremo demandante afirma que el vínculo laboral estaba vigente para el momento en que se trabó el litigio.

La controversia que pueda surgir sobre hechos ocurrido con posterioridad a la presentación de la demanda, no se puede resolver en este expediente.

iv) PRESTACIONES SOCIALES CAUSADAS DURANTE LOS AÑOS 2018 Y 2019. Por las mismas razones, ni la sentencia de primera instancia ni el Tribunal se pueden pronunciar sobre las prestaciones que se pudieron causar después de la presentación de la demanda. Los hechos 1 y 3 del escrito de demanda refieren que para esa fecha el actor continuaba laborando para la aerolínea *“por medio de la empresa SAI”* de lo cual resulta claro que se trata de acreencias cuya causación no se pudo tramitar en esta controversia.

Sin COSTAS en apelación.

³¹ Demanda, hechos 1 y 3 (folio 2): *“1. Mi representado prestó sus servicios personales a la entidad AVIANCA S.A., desde el 24 de octubre de 2012 y actualmente sigue laborando para esta entidad. (...)”*. 3. Desde el 01 de noviembre de 2017 hasta la actualidad, mi representado ha estado vinculado por medio de la empresa SAI”.

³² Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – CD 3 Hora 1:59:46.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la condena que se impuso en primera instancia al pago de *“la indemnización moratoria del artículo 65 por el tiempo comprendido entre el 11 de noviembre del año 2017 al 10 de noviembre de 2019 la suma de \$29.017.674, a partir del mes 25 se generaran intereses moratorios sobre el saldo del salarios y prestaciones adeudadas”*, para, en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de dicha condena.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUIS JORGE GARCÍA SÁNCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES (litisconsorte necesaria por pasiva).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 15 de febrero de 2021 por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a *pagar* el bono pensional Tipo A, por los aportes efectuados por el actor al RPM en PORVENIR S.A., entidad que debe efectuar la devolución de saldos restante al demandante una vez reciba el valor del bono.

Téngase por reasumido el poder por la doctora Andrea del Toro Bocanegra, quien se identifica con T.P. 99.857, apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con T.P. 221.228, como apoderada sustituta de

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

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUIS JORGE GARCÍA SÁNCHEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene a las demandadas el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión y/o la devolución de saldos según el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, más los intereses causados según el artículo 100 *ibídem*.

Lo anterior, con fundamento en que le fue reconocida pensión sanción el 31 de mayo de 2016 por la Subdirección de Proyectos Especiales de la Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá D.C., con cargo a *su empleador* el Fondo de Prestaciones Económicas, Pensiones y Cesantías –FONCEP- y en aplicación del artículo 8 de la ley 171 de 1961, para la cual únicamente se tuvieron en cuenta únicamente los tiempos de servicios prestados a la EDIS, no así las 414,47 semanas cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, ni las 285 semanas a PORVENIR S.A., última entidad a la que estuvo afiliado y a la cual solicitó reconocimiento de pensión por vejez el 6 de mayo de 2016, prestación que fue negada el 19 de septiembre de 2017. En dicha comunicación se le informó que tenía derecho a la devolución de saldos, solicitud que elevó el 2 de septiembre siguiente y fue resuelta el 2 de octubre de 2018 reconociendo únicamente los aportes efectuados sin incluir el monto que procedía por reconocimiento del bono pensional. Así mismo, el 13 de octubre de 2017 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, la cual fue negada en la misma fecha, con base en que ya no se encontraba afiliado a dicha entidad (ver demanda de folios 3 a 10).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda a través de apoderado. Aceptó algunos hechos y dijo no constarle los demás. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que la prestación reclamada no se encuentra a su cargo, pues el accionante está válidamente afiliado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. entidad que debe gestionar la expedición del bono pensional. Agregó que, en todo caso, no habría lugar al pago de intereses, pues la indemnización sustitutiva no puede asimilarse al reconocimiento de mesadas pensionales. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y falta de legitimación en la causa por pasiva* (ver contestación de folios 41 a 46).

También contestó la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en la incompatibilidad de percibir la pensión sanción a cargo del FONCEP con cargo al erario y el bono pensional tipo A por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo que las cotizaciones deben ser reintegradas al demandante directamente por COLPENSIONES, máxime cuando tales dineros no han sido trasladados a la cuenta de ahorro individual administrada por dicha AFP. Sin perjuicio de ello, en caso de despachar favorablemente lo pretendido, dice que se debe tener en cuenta en la decisión las etapas de consolidación del bono (liquidación provisional, emisión, redención y pago). Propuso como excepciones de mérito: *compensación, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de la AFP Porvenir S.A., prescripción e innominada o genérica* (ver contestación de folios 67 a 72).

Mediante auto proferido el 24 de enero de 2020, esta Sala dispuso la vinculación de la litis con la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES (CD 5 y folios 128 y 129).

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO mediante apoderado, contestó la demanda. Manifestó no constarle la totalidad de los hechos y se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que no hay lugar a *la prestación* reclamada pues los aportes efectuados tanto a COLPENSIONES como a PORVENIR S.A. se deben trasladar a la entidad que reconoció la pensión sanción, para ayudar a su financiación, según la Ley 549 de 1999, pues se trata de una prestación reconocida luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 que tiene un carácter *eminente* prestacional y no sancionatorio como lo señaló la Sentencia C-372 de 1998, sin que sea dable el reconocimiento de 2 prestaciones encaminadas a cubrir el mismo riesgo (vejez). Propuso como excepción de fondo: *inexistencia de obligación* (ver contestación 135 a 142).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de noviembre de 2020, a través de la cual la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a *pagar* el bono pensional Tipo A, por los aportes efectuados por el actor al RPM, con destino a PORVENIR S.A., entidad que debe efectuar la devolución de saldos restantes al demandante una vez reciba el valor del bono.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar el bono pensional tipo A, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por los aportes efectuados al Régimen de Prima Media por el señor Luis Jorge García Sánchez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a pagar el valor faltante de la devolución de saldos al demandante, conforme al valor del bono pensional que pague la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. TERCERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones. CUARTO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de*

Pensiones- Colpensiones de todas las pretensiones instauradas en su contra. QUINTA: DECLARAR probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Porvenir S.A. frente a los intereses moratorios reclamados. SEXTA: CONDENAR en costas a Porvenir S.A. Inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia, el equivalente a 1 SMLMV en favor del demandante” (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2021 - CD 7 Hora 1:04:30).

Para tomar su decisión, la Juez resaltó en primer lugar que la Ley 100 de 1993 contiene dos regímenes pensionales excluyentes entre sí y de libre elección para los afiliados, por lo que no es dable el reconocimiento de prestaciones en ambos, como lo sería la devolución de saltos en el RAIS junto con la indemnización sustitutiva en el RPM, y, concluyó que, en el presente caso sólo procede la primera de ellas, pues la última afiliación del accionante fue con PORVENIR S.A., devolución que debe incluir el bono pensional como lo dispone el artículo 66 *ibídem*. Agregó que dicha prestación no es incompatible con la pensión sanción que le fue reconocida al actor en aplicación del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, pues ésta tiene origen exclusivamente en los tiempos de servicio prestado al EDIS y su posterior despido, mientras que la prestación del RAIS proviene de los aportes efectuados por servicios ante otros empleadores, que no pueden usarse a efecto de financiar la pensión sanción pues no existe norma que así lo disponga. Afirmó que el bono pensional tipo A cuya emisión corresponde al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, no puede considerarse parte del erario pues tiene su origen en los aportes efectuados por el actor ante COLPENSIONES, entidad que se limita a su administración. Por último, declaró no probada la excepción de prescripción, al tratarse de una prestación sucedánea de la pensión.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque la condena en costas, pues dicha entidad demostró haber adelantado las actuaciones que estuvieron a su alcance para la devolución de saldos, lo cual efectuó sin incluir

el bono pensional reclamado, pues éste depende exclusivamente del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OBP (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2021 - CD 7 Hora 1:06:04)¹.

En recurso, el apoderado del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia, pues la discusión se debió centrar en la incompatibilidad entre la pensión sanción que actualmente percibe el actor y la devolución de saldos con inclusión del bono pensional, pues de vieja data la Corte Constitucional señaló que la pensión sanción tiene un carácter prestacional por estar llamada a cubrir la contingencia de vejez, bien sea reconocida por COLPENSIONES o por las administradoras del RAIS. En consecuencia, conforme al decreto 1730 del 2001, lo procedente era que cada administradora o *prestadora* que no cotizó o no trasladó los aportes en debida forma, “*asum[a] sus propias*

¹ “Si su señoría, en atención a lo dispuesto por su fallo, me permito presentar recurso de apelación al fallo de primera instancia teniendo en cuenta que el despacho desconoce aspectos de especial relevancia frente al trámite solicitado y las pretensiones de la demandada así: el fallador omite para el caso fechas de relevancia como el caso en que la AFP Porvenir, teniendo en cuenta, la solicitud de la pretensión que versa sobre un bono no tiene injerencia alguna. Es importante tener en cuenta que la AFP Porvenir, no reconoce bonos, no tiene esa facultad, y mucho menos los liquida y paga. Diligentemente la AFP ha solicitado en repetidas ocasiones la liquidación del bono pensional pero siempre ha sido rechazada por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y han impuesto incluso una restricción frente a la misma, aspecto que de por sí se puede decantar que nuestra facultad se ha extendido hasta donde lo ha determinado la ley que es promover la solicitud. Sin embargo, por actuaciones del único y exclusivo ente que participa de ese estudio que es la oficina de bonos pensionales es que el trámite no surtió en debida forma. La OBP es la única facultada y delegada en definir si la (sic) demandante tiene o no derecho a la emisión de un bono pensional como efectivamente lo probamos dentro del proceso como ya indicamos existe una restricción de error ‘3719’, que no permite continuar con el trámite frente a la solicitud de liquidación del bono pensional. Así las cosas, a la fecha la AFP no ha recibido suma alguna por parte del Ministerio de hacienda y Crédito Público, tan es así que a la fecha la cuenta de ahorro individual permanece en ceros, porque como ya lo indicamos y lo probamos, ya existió, por parte de mi prohilada una devolución de saldos por valor de 12.000.041. Así las cosas, mal se podría endilgar una culpa frente al trámite a la AFP, que nos acarrearía frente proceso una ordena en costas. Por tal motivo solicito con base al material probatorio y los hechos a los honorables magistrados del Alto Tribunal, que se revoque el fallo, en el sentido de la condena costas. habida cuenta que se logró establecer que la responsabilidad frente a la misma o frente a la pretensión de devolución de saldos no puede ser endilgable a mi representada. Caso contrario, se logró demostrar que nosotros actuamos en debida forma y que en repetidas ocasiones se realizó la solicitud, sin que la misma prospera, teniendo en cuenta, que el único responsable no permitió que se pudiera finalizar este trámite. Por lo anterior, nuevamente ruego a los altos magistrados que se absuelva de esta condena a mi prohilada y que se declare que Porvenir ha actuado con profesionalismo acordó con la legalidad con el principio de la fe y como tal sobre sus delegaciones frente al trámite que se esbozó frente a todo este proceso”.

indemnizaciones sustitutivas”, por lo que en este caso debió ordenarse el reconocimiento de dicha prestación a cargo de COLPENSIONES. Así mismo, refirió que no debió la falladora referirse a la fuente de financiación del bono pensional, empero manifestó que si bien éste refleja las cotizaciones efectuadas por el accionante, el mismo se financia con cargo al presupuesto general de la Nación (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2021 - CD 7 Hora 1:10:03)².

² “Con el debido respeto que el despacho me merece, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de dictar ese despacho judicial y lo sustento de la siguiente manera: En primer término el despacho no hace un análisis juicioso un análisis serio frente al más importante de los puntos que se debate en este proceso judicial, frente a lo pretendido por el demandante, y es el tema de la incompatibilidad que existe entre la prestación que actualmente ostenta el demandante esto es la pensión sanción y lo que reclama, que es la devolución de saldos con la inclusión de bono pensional. Creo que este es el punto central de la controversia, y en esto debió haberse centrado el despacho a objeto de hacer el análisis riguroso de este tema. Sin embargo, lo omitió y lo omitió por completo y se distrajo el despacho en hacer otras apreciaciones que nada tienen que ver con este asunto. Por ejemplo el tema de la fuente de financiación del bono pensional eso digamos que no había necesidad de traerlo a colación por que no se estaba discutiendo de donde se va a financiar los recursos para efectos del pago del bono. Y el despacho también discute y pone en entredicho que dicha financiación no tiene nada que ver con las cotizaciones que en su momento se efectuaron a Colpensiones, cosa que se da de paso y en caso de discusión, sí tienen que ver con los recursos públicos, porque es que el bono pensional que se ordenó pagar a mi representada esta pagado o se va a pagar única y exclusivamente con recursos que son públicos, que si bien son un reflejo de las cotizaciones que en su momento hizo el demandante, no son dichas cotizaciones por cuanto las mismas están en el fondo común, ya sea de Colpensiones o de la Administradora a la cual en su momento se hicieron las cotizaciones. Es decir, que el bono pensional, pese a que, refleja esas cotizaciones, no tiene ningún componente de esas cotizaciones. El bono pensional se financia única y exclusivamente con los recursos que anualmente apropia la Nación a través del presupuesto general de la Nación por vía de la ley anual de presupuesto y que se apropia a los respectivos cabezas o sectores del presupuesto. Entonces, ese análisis desvirtúa lo que dice el despacho. Por otra parte, también el despacho me habla acá de una figura de compartibilidad, pues digamos que la figura de compartibilidad tampoco aplica acá. Esa es otra cosa totalmente lícita. Vuelvo y repito el análisis que lo hago, lo hago con el mayor respeto, por las consideraciones del despacho, sin embargo, me aparto de las mismas. Segundo, el tema de la controversia central que se debió haber tenido por parte del despacho es el tema de la incompatibilidad que existe entre las dos prestaciones. La ley 100 del 93 me habla de que existen dos regímenes, es más el mismo despacho hablo de la coexistencia, perdón de la existencia de los dos regímenes que se excluyen, vuelvo y traigo a colación el tema, claro, existen dos regímenes, el régimen de ahorro individual y el régimen con prima media y prestación indefinida, y se excluyen porque, porque es que las prestaciones no se pueden confundir y no se pueden otorgar de manera coetánea. Entonces acá tenemos que entrar a analizar, y es algo que el despacho echo al traste, por si bien el artículo 230 de la Constitución me habla de que los fallos, las providencias, y que los operadores jurídicos están sometidos al imperio de la ley y que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, no se puede desconocer. Y acá no se puede desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional máximo órgano de la constitución jurisdiccional y es que claramente ya de vieja data, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha hecho el análisis de la naturaleza y características de la pensión sanción, pero el despacho pues no hizo ese análisis. Y en esa jurisprudencia que mi representada esbozo en la contestación de la demanda, claramente se indica que la pensión sanción, dejó de ser una pensión de carácter eminentemente sancionadora para convertirse en una prestación de carácter, valga la redundancia, prestacional. Y en este sentido se asemeja a una prestación del régimen de prima media con prestación definida, es decir,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que mediante la Resolución SPE-000045 de 31 de mayo de 2016 la Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá D.C. reconoció pensión sanción a favor del demandante, con cargo al FONCEP, a partir del 1 de diciembre de 2014 y en cuantía de 1 SMLMV (\$616.000), en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de abril de 1999, con fundamento en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, por haber laborado entre 10 y 15 años para la Empresa Distrital de Servicios Públicos – EDIS- y ser despedido sin justa causa (ver folios 17 a 20); (ii) que el demandante cotizó al RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, un total de 414,86 semanas de aportes entre el 25 de junio de 1971 y el 1 de septiembre de 1981, a través de varios empleadores del sector privado (ver historia laboral actualizada a folio 10 y en expediente administrativo de CD 2);

a la misma prestación que reconoce Colpensiones o cualquier Administradora del régimen de prima media como pensión de vejez. Entonces, si se hace ese análisis juicioso, se trae a colación la jurisprudencia por parte de la honorable Corte Constitucional, pues se va a arribar a la conclusión de que el bono pensional que ordena el despacho que mi representada reconozca y pague a favor del accionante, es totalmente incompatible precisamente por ser una prestación que reconoce el régimen de ahorro individual, con solidaridad, por virtud del decreto 1748 de 1995, esto es un bono pensional tipo A, y la prestación que se asemeja a la prestación del régimen de prima media con prestación definida, tal cual lo establece el artículo 33 y siguientes de la ley 100 del 90. Entonces en este sentido, sí hay una clara exclusión de esas dos prestaciones que, vuelvo y repito, debe ser el punto central de esta controversia. Porque aquí pues se está ordenando algo a lo cual no hay lugar, el deber ser de las cosas es que cada administradora del régimen de prima media con prestación definida o en su defecto, los respectivos prestadores que no cotizaron en su momento, o que si bien cotizaron, de pronto no trasladaron las cotizaciones a la respectiva entidad de previsión social, deben asumir sus propias indemnizaciones sustitutivas tal como lo indica el decreto 1730 del 2001, entonces pues en este sentido es Colpensiones el que debe asumir debe indicarse que existe una afiliación de carácter irregular, precisamente por la incompatibilidad que ya se mencionó y debe indicarse que debe ser Colpensiones a través de una indemnización substitutiva la que pague la prestación que aquí se está reclamando. Ahora, si no se efectuaron las cotizaciones, o si se efectuaron a otra administradora, debería efectuarse o deberían trasladarse a la administradora Colombiana de pensiones, o si se efectuaron en este caso, al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues debe ordenarse que dichas cotizaciones sean trasladarse a Colpensiones para que allí se haga la devolución de saldos. Este es el deber de ser de las cosas y el orden digamos natural que debe procederse a efectos de pagar lo que se está reclamado, vía devolución de saldos que no es el canal por el cual debe pretenderse hacer. En esos términos solicito a la honorable sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la sentencia aquí emitida por este despacho y que se absuelva a mi representada de todas las condenas que se la han impuesto. Muchas Gracias”.

(iii) que se trasladó del RPM al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., el 12 de enero del año 1999, régimen al que cotizó un total de 285 semanas (ver formulario de afiliación a folio 76 y la historia laboral consolidada de folios 21 a 23); y (iv) que por solicitud del accionante, la AFP PORVENIR S.A. reconoció y pagó devolución de saldos en cuantía de \$12.067.029, sin incluir valor alguno a título de bono pensional (ver certificación de folio 78 y comunicación de folio 101).

La demanda que dio inicio al presente proceso persigue el pago de la indemnización sustitutiva y/o la devolución de saldos con inclusión del bono pensional que corresponde a las semanas que cotizó el demandante al ISS, hoy COLPENSIONES, antes de su traslado al RAIS. Para el efecto, el Tribunal debe estudiar la compatibilidad entre la pensión sanción que reconoció la Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá D.C., con cargo al FONCEP, a favor del demandante y los derechos pensionales que reclama bajo las reglas del RPM y/o del RAIS.

Sea lo primero resaltar que, contrario a lo manifestado por el apoderado del Ministerio recurrente, la sentencia C-372 de 1998 no estudió la compatibilidad entre la pensión sanción del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y las prestaciones de vejez contenidas en la Ley 100 de 1993, sino la constitucionalidad de la expresión “...no afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador...” contenida en el artículo 267 del CST, conforme a la modificación que introdujo el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. Por ello, las consideraciones allí decantadas sólo resultan aplicables a la pensión sanción que regula en esta última norma³.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1998: “Bajo el entendimiento de que la pensión sanción ‘no es un castigo al empleador por no haber afiliado al trabajador al sistema general de pensiones’, sino por el hecho de haberle impedido ‘cumplir con los requisitos para acceder a la pensión plena de jubilación’, el actor pide la inexecutable de la expresión ‘...no afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador...’, contenida en el primer inciso del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por los artículos 37 de la ley 50 de 1990 y 133 de la ley 100 de 1993, pues en su criterio el reconocimiento de la pensión sanción no puede estar condicionado a la no afiliación del trabajador al sistema pensional.”

Habida cuenta de ello, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en reciente jurisprudencia ha ratificado que dichas prestaciones son compatibles pues tienen diferente *finalidad, naturaleza y fuente de financiamiento*, en la medida en que la pensión sanción o la de retiro voluntario, reguladas en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, “*son independientes a las que deba reconocer el ISS y corren a cargo exclusivo del empleador*”⁴, pues se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador en el empleo y no para cubrir el riesgo de vejez⁵.

Respecto a la imposibilidad de percibir doble asignación del erario, esa misma Corporación, en un caso de similares contornos, estimó la compatibilidad del bono pensional y una pensión de jubilación oficial, que, al igual que la pensión sanción reconocida al aquí accionante, se encuentra “*a cargo de una entidad*”

⁴ Ver sentencia CSJ STL1198 del 30 de enero de 2019, rad. 82767: “(...) las pensiones especiales de jubilación reguladas por el citado artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causan desde el mismo momento en que el trabajador es despedido injustamente con más de 10 o 15 año de servicio que corresponde a la - pensión sanción -, o cuando se produce el retiro voluntario después de 15 años de servicio que atañe a la llamada – pensión por retiro voluntario -, sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, pues dichas pensiones son independientes a las que deba reconocer el ISS y corren a cargo exclusivo del empleador. (...). Sobre este puntual aspecto en discusión, la Sala en sentencia del 26 de septiembre de 2007, radicación 30766, que a su vez rememoró las decisiones del 21 de septiembre de 2006 y 12 de febrero de 2007, radicación 29406 y 28733, respectivamente, fijó el criterio mayoritario que actualmente se mantiene, en cuanto que la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no opera tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, las cuales quedan a cargo exclusivo del empleador (...)”.

⁵ Ver Sentencia CSJ STL1198 del 30 de enero de 2019, rad. 82767: “desde la expedición del Acuerdo 224 de 1966, emanado del Consejo Directivo del ISS y aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 del mismo año, se estableció la incompatibilidad entre las pensiones legales reconocidas por el empleador y las de vejez que debía reconocer el Instituto de Seguros Sociales. Desde luego, las pensiones legales incompatibles con el nuevo esquema de seguridad social que se implementó con la expedición del citado acuerdo, fueron aquellas instituidas precisamente para cubrir el riesgo de vejez y no las que se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador en su empleo o para reprimir al empleador que despedía injustamente al asalariado después de una más o menos larga prestación de servicios y por ello le impedía acceder a la pensión de jubilación. Esas pensiones especiales, que no quedaron comprendidas por la vigencia del acuerdo mencionado, eran las que consagraba el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en sus dos modalidades, la conocida como pensión sanción, derivada fundamentalmente del despido injusto del trabajador con más de 10 años de servicio y menos de 15, o con más de éste último número y menos de 20 –lo cual solamente incidía para la edad del disfrute--, y la pensión por retiro voluntario, dispuesta para quienes después de 15 años de servicios y menos de 20 hubieran hecho dejación voluntaria de su empleo”.

descentralizada, como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal, pues *“el Estado no aporta recursos para la financiación del fondo de pensiones administrado por el ISS hoy Colpensiones y, por ello, las prestaciones que tal entidad otorga no tienen el carácter de asignación proveniente del erario”*⁶. Por ello, y dada la compatibilidad entre una y otra prestación al ser la pensión de vejez derivada del Sistema, no existe objeción alguna para dejar de *“incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos”*⁷.

Bajo estos lineamientos, se advierte que los aportes efectuados por el demandante al Sistema de Pensiones (ISS) corresponden a servicios prestados a instituciones de carácter privado entre el 25 de junio de 1971 y el 1 de septiembre de 1981 (a través de Frigorífico Guadalupe Ltda., Ind Automotor la Nal. Ltda., Cia. Col. Automotriz S.A. y Consorcio Cootransfun – ver folio 10 y CD 2), y que dichos periodos de cotización no tuvieron incidencia en el reconocimiento de la pensión sanción por la Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá D.C., con cargo al FONCEP, razón por la cual se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, incluso en cuanto ordenó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - Oficina de Bonos Pensionales el pago del bono pensional, pues a tenor de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, le corresponde a dicha entidad su reconocimiento, liquidación, emisión y pago y el cálculo de las cuotas partes a cargo de la Nación⁸; y en cuanto ordenó la devolución de los saldos restantes en favor del demandante, una vez ingrese el valor del bono pensional a la cuenta de ahorro individual, pues esta materia no fue objetada por ninguna de las partes.

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3133 de 2019.

⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL451 de 2013, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

⁸ Si bien el inciso 3° de dicha norma establece que el ISS, hoy COLPENSIONES, debe contribuir en la financiación del bono pensional con la cuota parte que corresponde a los tiempos cotizados a partir del 1° de abril de 1994 y hasta la fecha del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, es la NACIÓN (a través de la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO) quien debe expedir el bono pensional por la totalidad de su valor.

También se confirmará la condena en costas de primera instancia que se impuso a PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP atribuye este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en los folios 67 a 72).

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A. y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A. y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

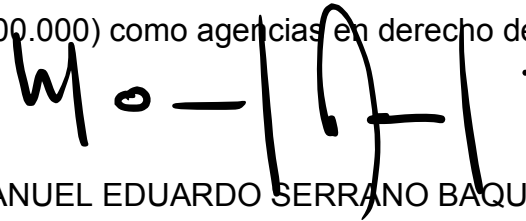


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Me - M - H' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 16 2018 00698 01
Martha Edith Oyuela Mancera Vs la Administradora Colombiana de Pensiones -
COLPENSIONES y otros

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA EDITH OYUELA MANCERA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL PENSIONES Y
CESANTIAS S.A.), COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la AFP PORVENIR S.A., y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 12 de agosto de 2021 por el Juez Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

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

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA EDITH OYUELA MANCERA presentó demanda contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.), COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en el mes de febrero del año 1996, con fundamento en que no es válida dicha afiliación por la configuración de vicios en el consentimiento, pues se trata de una persona beneficiaria del régimen de transición y no transcurrieron 3 años desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), por lo que en la fecha en la que operó la afiliación al RAIS (año 1996) no podía solicitar su traslado de régimen pensional. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare su afiliación en el RPM administrado por COLPENSIONES, y se reconozca a su favor la pensión de vejez consagrada en la Ley 100 de 1993 (ver demanda en folios 131 a 149 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante no probó causal que permite la anulación de su afiliación al RAIS, y por el contrario, señala que la vinculación cumple con todos los presupuestos legales para su existencia. Además, advirtió que la declaratoria de nulidad del traslado de régimen generaría la descapitalización de la entidad, pues la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales establecida en el artículo 2°, literal e de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inexistencia de causal de*

nulidad, saneamiento de la nulidad alegada (ver contestación en folios 155 a 166 del expediente).

También contestó la demanda SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que a la demandante se le brindó toda la información pertinente para el momento en el que solicitó su afiliación en dicho fondo. Además, advirtió que la afiliación de la demandante en SKANDIA S.A. (hoy OLD MUTUAL) fue consecuencia de un traslado horizontal entre fondos privados del RAIS y que la actora se encuentra inmersa en la prohibición señalada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para trasladarse entre regímenes pensionales, pues tiene 56 años de edad. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *SKANDIA no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, genérica.* (ver contestación en folios 189 a 197 del expediente)

Finalmente, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. contestó la demanda, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que la demandante se afilió al RAIS de manera libre e informada, advirtiendo que su vinculación con la AFP PORVENIR S.A. operó en virtud de un traslado horizontal entre fondos privados del RAIS desde la AFP COLFONDOS S.A. Además, indicó que posteriormente la actora se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (hoy SKANDIA SA), ratificando con ello su voluntad de permanecer afiliada en el RAIS, y que no puede retornar al RPM dado que se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen pensional. En su defensa propuso las siguientes excepciones de

EXP. 16 2018 00698 01
Martha Edith Oyuela Mancera Vs la Administradora Colombiana de Pensiones -
COLPENSIONES y otros

fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica* (ver contestación en CD 3 - folio 312 y subsanación en folios 364 a 369).

Mediante auto proferido el 9 de julio de 2020, el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la demanda por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (ver folio 252 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 12 de agosto de 2021, mediante la cual el Juez Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por MARTHA EDHITH OYUELA MANCERA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP SKANDIA S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A., y efectuar a los ajustes en la historia pensional de la actora. CUARTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas COLFONDOS SA, PORVENIR SA, SKANDIA SA Y COLPENSIONES, y a favor de la demandante en la suma de \$1.000.000. QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones elevadas por la demanda. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SÉPTIMO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo*

48 de la ley 2080 de 2021. OCTAVO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá” (CD 4, audiencia virtual, hora 1, minuto 6:28).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, y concluyó que la AFP COLFONDOS se allanó a las pretensiones y no aportó prueba diferente al formulario de afiliación para demostrar que a la demandante se le brindó información sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, y por ello, no se puede establecer si la afiliación de la demandante se realizó bajo los parámetros del consentimiento informado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de la parte actora y de PORVENIR S.A.

El apoderado de la parte actora pide que se revoque el fallo de primera instancia en cuanto negó el reconocimiento pensional. Afirma que la demandante cumple con los requisitos de acceso a la prestación y si bien actualmente está pagando aportes, lo hace de forma independiente en virtud de contratos de prestación de servicios o por horas, pero no por tener una vinculación laboral ni la calidad de empleada pública o trabajadora oficial (CD 4, audiencia virtual, hora 1, minuto 8:21)¹.

¹ “Eh.. si señor juez, eh, ¿me escuchan ahí? Perfecto, señor juez, teniendo en cuenta la decisión planteada, de manera muy respetuosa, eh, vamos a presentar recurso de apelación parcial, si, y frente a eso quiero hacer claridad sobre lo siguiente; si bien es cierto que este despacho judicial y cada una de sus partes resolutive, reconoce, declara la ineficacia del traslado de mi representada, si de manera, inexplicable si, y a eso quiero atacar digamos la apelación, si, mas aún cuando este proceso va en consulta, si eh... eh, digamos que es mi deber hacerlo. Si este despacho judicial y quiero centrarme, solamente la apleación esta encaminada frente al no reconocimiento de la pensión, de vejez de mi representada con el argumento de que mi representada en la actualidad si esta, eh, digamos haciendo aportes, se encuentra vinculada generando aportes si, y digamos, frente a ese punto quiero aclarar lo siguiente: Primero, como bien lo dijo mi representada, ella no tiene una vinculación laboral con ninguna entidad, trabaja es por prestación de servicios o por horar, lo cual para poder eh, hacer efectivas su reclamación de honorarios si, tiene que acudir, si, al pago de la seguridad social. Segundo, si el requisito de la renuncia si, de del empleo y los aportes, si, se exige es

Por su parte, el apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque parcialmente la sentencia proferida en primera instancia en cuanto la condenó en costas, pues no se impartió una condena en su contra y no fue el fondo con el cual operó el traslado de régimen pensional (CD 4, audiencia virtual, hora 1, minuto 11:15)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

cuando la persona tiene una vinculación con una entidad estatal, si, es decir; cuando tiene la condición por ejemplo de empleado público o trabajador oficial que solamente se reconocerá la pensión si en el evento en que se presente la renuncia, antes no, pero como bien lo mencionó mi representada, si ella trabaja es por obras y con una entidad digamos privada y no en la condición de servidora publica. Bien, a fecha de hoy 12 de agosto del año 2021 mi representada cumple con los requisitos para la pensión, tanto de edad como de tiempo de servicios, muchas gracias señor juez”.

² *“Señoría me permito presentar recurso de manera parcial en contra de la sentencia proferida por el despacho, eh, en lo que tiene que ver con la condena en costas señores magistrados y de la manera mas suscita me permito argumentar este recurso de apleación en el siguiente argumento. Es dable primero reconocer señores magistrados, que no fue mi representada la que tiene la facultad o la que realizó el traslado de de afiliación, ni tampoco encuentra en estos momentos dinero alguno ni seguio no, no perdón, no hubo condena en concreto en contra de PORVENIR en lo relativo a las condenas establecidas en los gastos de administración en otros elementos importantes encontrados a no ser condenado o no haber condena en concreto, no hay lugar a que se de condenas en costas en los términos del artículo 365 de la ley 100, del CGP perdón, en ese sentido señores magistrado solicito se revoque esta condena en contra de mi representada y en su lugar se absuelva la condena en cosatas”.*

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 32 años de edad y había cotizado 238.43 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

³ Ver cédula de ciudadanía en folio 77 del expediente y la historia laboral de COLPENSIONES a folio 171.

de cotizaciones al sistema (tenía 3 años, 3 meses y 1 día)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión en el RPM (tenía 55 años de edad – ver páginas 77 y 96 del expediente digital).

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

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

⁴ *Ibídem*.

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A. no probó haber brindado la información pertinente a la demandante en el momento del traslado; ni siquiera aportó el formulario de afiliación que hubiera suscrito la demandante para efectuar el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confesó que se hubiera recibido la información en los términos establecidos por la Corte, pues, contrario a ello indicó que el gerente de la empresa en la que trabajaba le solicitó trasladarse de régimen, y días después una asesora comercial de COLFONDOS S.A. llevó un formulario que debía firmar, pero no tuvo la posibilidad de leerlo, ni le brindaron información alguna previa a ello sobre los requisitos para pensionarse (CD 4, audiencia virtual, minuto 10:39)

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia de la actora en el RAIS o por posteriores traslados entre fondos pensionales; la afiliación inicial operó el 30 de enero de 1996 a COLFONDOS S.A., después se trasladó a la AFP PORVENIR el 11 de mayo del año 2000, y finalmente, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL, hoy

SKANDIA, en el 19 de septiembre de 2010, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada (ver folio 204 y el historial de afiliaciones reportado en la base de datos de asofondos, obrante en el CD 3 del expediente).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para: (i) ordenar la devolución de lo descontado por concepto de gastos de administración que cobraron TODOS los fondos privados, en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada una de dichas administradoras (COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA SA – antes OLD MUTUAL)⁷. Así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), Corporación que ha estimado que esta declaración (la ineficacia), obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO); y (ii) para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en la que incurrieron los fondos de pensiones, quienes permitieron la afiliación y permanencia de la demandante en el RAIS sin cumplir con los requisitos legales y jurisprudenciales antes referidos.

Se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto negó el reconocimiento del derecho pensional que reclamó la demanda y la apelación, pues COLPENSIONES tiene a cargo la obligación pensional de la demandante solamewnte desde el momento en que se haga efectiva la anulación o ineficvsacvism del traslado y se devuelvan los aportes que la financiarán. No

⁷ La sentencia de primera instancia impartió condena por dicho concepto únicamente a cargo de la AFP SKANDIA.

se le puede endilgar a Colpensiones responsabilidad alguna en las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encuentra cometidas por los Fondos de Pensiones. Cuando reciba los aportes y sus rendimientos podrá la entidad definir si la afiliada cumple los requisitos para acceder al derecho pensional, y los parámetros bajo los cuales se debe reconocer la prestación (exigibilidad, IBL, tasa de reemplazo, entre otras) conforme la actualización y consolidación del historial de cotizaciones.

También se confirmará la condena en costas a PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en CD 3 - folio 312 y subsanación en folios 364 a 369), dicha entidad tiene a cargo la devolución de los gastos de administración en proporción al tiempo de vinculación de la demandante en dicho fondo, según se dispuso en esta sentencia.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

1. ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a devolver los gastos de administración que cobraron durante la permanencia de MARTHA EDITH OYUELA MANCERA en el RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva; y para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

2. **CONFIRMARLA** en lo demás.

3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA ELENA RESTREPO ESPINOSA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2021 por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a las doctoras María Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA ELENA RESTREPO ESPINOSA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad* o, en subsidio, la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en agosto de 1995, así como de los demás traslados ocurridos al interior de este último, con fundamento en se configuró un vicio en el consentimiento por error de hecho, al no brindársele una asesoría acerca de las implicaciones de su traslado, la naturaleza y capitalización del nuevo régimen, sus desventajas, escenarios comparativos, ventajas del RPM y si le convenía más quedarse en este último.

No recibió información completa, comprensible ni suficiente sobre sus posibles alternativas. Como consecuencia de lo anterior pide que se valide la afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, y se ordene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos. Así mismo, que se ordene a esta última reconocerle la pensión de vejez en aplicación de la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993 (ver demanda en archivo único folios 4 a 49).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demandada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones propuestas, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues así lo manifestó al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación, decisión ratificada por los posteriores traslados al interior de dicho régimen. Agregó que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, sin que previamente hubiera hecho uso de la facultad de retornar al RPM ni se encuentre cobijada por lo dispuesto en la Sentencia SU-062 de 2010. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en*

instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (ver contestación en archivo único folios 146 a 184).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto el traslado de la demandante a la entonces AFP COLPATRIA S.A., se dio por una decisión libre e informada, una vez asesorada sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y la afectación a sus condiciones particulares, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, como lo manifestó en el formulario de afiliación y, adicionalmente, ratificó su voluntad con su posterior traslado a HORIZONTE S.A., sin que en sus 24 años de afiliación hubiera presentado inconformidad alguna, máxime cuando siempre se le garantizó el derecho de retracto y no hizo uso de éste. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en archivo único folios 224 a 254).

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD O SANEAMIENTO DE LA NULIDAD Y PRESCRIPCIÓN, propuestas por las demandadas, en la forma expuesta en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora MARÍA ELENA RESTREPO ESPINOSA identificada con la C.C. 32.543.041, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. TERCERO: DECLARAR que la señora RESTREPO ESPINOSA se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a cargo de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas. CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses que se hubiesen causado, sin autorizar a PORVENIR S.A. a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio. QUINTO: CONDENAR A COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos a favor de la demandante que efectúe la administradora de pensiones PORVENIR S.A., y a convalidarlos en la historia laboral de la demandante.

SEXTO: ORDENAR A COLPENSIONES que, una vez en firme la presente sentencia, proceda a estudiar el derecho pensional que le pudiese corresponder a la demandante, con base en las normas jurídicas invocadas por ella, según lo expuesto en precedencia. SEXTO (sic): CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo de cada una por valor de \$ 900.000 M/Cte., a cargo de cada una, aclaro. OCTAVO: SE ORDENA LA CONSULTA a favor de COLPENSIONES. REMÍTASE el expediente al Superior una vez concluya la audiencia” (Audiencia virtual del 15 de septiembre de 2021 – audio 2 Min. 32:55).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLFONDOS S.A. omitió el deber de información que tenía frente a la accionante, ya que no le comunicó las condiciones para su expectativa pensional ni las consecuencias derivadas del cambio de régimen. Manifestó que no se encontró confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte a la demandante. Finalmente, señaló que no resultaba procedente ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento pensional pretendido, pues éste deberá ser estudiado por la entidad, una vez se encuentre en firme la sentencia que declara la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, para que se revoque la condena como quiera que la afiliación de la demandante al RAIS se efectuó de manera libre y voluntaria, como lo plasmó en el formulario de afiliación, documento que no fue objeto de tacha de falsedad, ni siquiera de tipo ideológico, el cual era el único medio exigido para la época, por lo que resulta desproporcionado exigir a su representada, pruebas adicionales en el presente trámite. Agregó que dicha afiliación fue ratificada con el posterior traslado al interior de dicho régimen, sin que en ningún momento hubiera manifestado inconformidad durante más de 24 años en que estuvo afiliada ni hubiera hecho uso del derecho de retracto, al punto que confesó en interrogatorio de parte que asistió en varias ocasiones a las oficinas de las AFP a recibir asesoría acerca de sus cotizaciones. (Audiencia virtual del 15 de septiembre de 2021 – audio 2 Min. 35:55).

A su vez, COLPENSIONES, a través de su apoderada, presentó recurso por considerar que no se tuvieron en cuenta las diferentes etapas que han regulado el deber de información por parte de las AFP, pues para la época de la afiliación la normatividad vigente exigía únicamente la suscripción del formulario de afiliación, sin que ello conlleve la ausencia de una asesoría verbal a fin de efectuar el traslado, por lo que exigir documental adicional vulnera el principio de confianza legítima. Resaltó que no se evidencia error en la voluntad de la demandante, por el contrario, ésta fue clara en conservar

su afiliación al RAIS por más de 15 años, al punto que sólo al encontrarse incurso en la prohibición legal de traslado fue que realizó dicha solicitud. Solicitó se absuelva a su representada por ser un *tercero de buena fe* en la ineficacia reclamada (Audiencia virtual del 15 de septiembre de 2021 – audio 2 Min. 45:52).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones, la demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 250,00 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años, 11 mes y 8 días)², y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido la edad de pensión (tenía 60 años – ver archivo único folios 1 y 61).

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

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

¹ Ver resumen de historia laboral válida para bono pensional – archivo único folios 71, 72, 74 y 75.

² *Ibidem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita*

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”. En este sentido:

(i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv)*

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos*

y efectos negativos de esa decisión”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues contrario a ello, indicó que para la época del traslado COLPATRIA S.A., en una reunión grupal de 10 minutos, únicamente le informó que el ISS se iba a acabar, y en cambio en el fondo privado se podría pensionar antes, tenía mejores posibilidades económicas al obtener su pensión y la posibilidad de ganar rentabilidad. No se le suministró información sobre aportes voluntarios, garantía de pensión mínima, derecho de retracto ni ninguna otra característica del RAIS. Sólo hasta 2015 la han contactado para suscribir el *bono pensional*, lo cual no ha hecho (Audiencia virtual del 15 de septiembre de 2021 – audio 1 Min. 11:52). En ninguno de los traslados recibió una información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” o *ratificación* de la afiliación la permanencia o los posteriores traslados al interior del RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de todos los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, para lo cual

se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO. Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, los previsionales) conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵.

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

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

En el mismo sentido, se modificará la decisión que ordenó a COLPENSIONES estudiar la eventual prestación pensional según las normas que le sean aplicables, una vez quede en firma la sentencia. Tal estudio procede solamente cuando PORVENIR S.A. efectúe la devolución de todos los valores ordenados y con ellos se pueda consolidar la historia laboral de la demandante. Solo desde ese momento COLPENSIONES podrá definir las normas aplicables a la prestación, y el valor de la mesada.

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

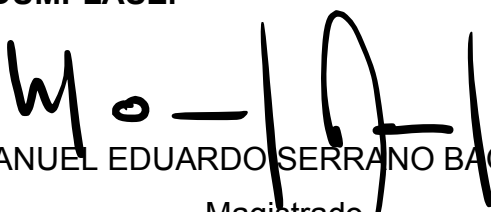
RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral SEXTO de la sentencia apelada, para disponer que el estudio de la prestación procede una vez se efectúe la devolución de todos los valores ordenados y se consolide la historia laboral de la demandante.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en el evento de asumir la obligación pensional a favor de la parte demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, conforme a la parte motiva.

3. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.

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

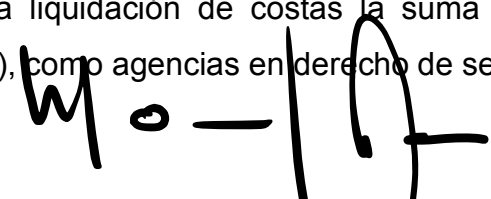
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NOHORA JASMIND GIRAL MAHECHA
CONTRA JULIO A. OCHOA Y CIA. E.U.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Llega el expediente al Tribunal procedente del Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra el auto dictado en audiencia del 24 de junio de 2021 que declaró la nulidad por indebida notificación, propuesta por la parte demandada, a partir del *auto admisorio de la demanda*, la declaró notificada por conducta concluyente, y le otorgó el término de 10 días hábiles para contestar la demanda.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, NOHORA JASMIND GIRAL MAHECHA presentó demanda contra JULIO A. OCHOA Y CIA. E.U., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato verbal de trabajo a término indefinido y se condene al pago de salarios, auxilio de transporte, prestaciones sociales, compensación en dinero de las vacaciones, cotizaciones a seguridad social en pensiones y las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y no pago de salarios y prestaciones adeudadas (ver demanda en folios 2 a 10).

La demanda fue admitida mediante auto del 21 de julio de 2020 (folio 19) y la parte actora procedió a su notificación por vía electrónica el 15 de septiembre siguiente (folios 22, 23, 25 y 26). En atención a que no se presentó respuesta dentro del término legal, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda en auto del 3 de junio de 2021 y fijó fecha de audiencia (folio 27), la cual se celebró el 10 de junio siguiente (ver CD 2 y folios 29 y 30), fecha en la cual tampoco se hizo presente el extremo pasivo. Habida cuenta de ello suspendió la diligencia de que trata el artículo 80 del CPTSS y se dispuso su continuidad el día 24 de junio de 2021 calenda en la que concurrió el extremo demandado en compañía de su apoderado judicial y propuso el incidente de nulidad que se resuelve (ver CD 3 y folios 32 y 33).

En lo que interesa a la controversia, JULIO A. OCHOA Y CIA. E.U. por intermedio de su apoderado, solicitó la anulación de lo actuado, pues para la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda (15 de septiembre de 2020), la empresa no tenía representante legal debido a la muerte de quien entonces ostentaba dicha calidad (JULIO ADONÁ OCHOA, quien falleció en el mes de agosto de 2020). Agregó que no había sido posible inscribir ante la Cámara de Comercio el acta de nombramiento de la representante legal suplente, quien ahora concurre al trámite debido a acciones *fraudulentas* de una empleada que ahora será testigo de la parte actora. Así mismo, resaltó que el fallecimiento del señor OCHOA generó una crisis al interior de la empresa, y que se desconoce quién pudo haber recibido el correo de notificación (Audiencia virtual del 24 de junio de 2021 – CD 3 Min. 31:50).

Mediante el auto apelado se declaró la nulidad propuesta por la parte demandada, a partir del *auto admisorio de la demanda*, por encontrar que al momento de su notificación por vía electrónica, la empresa unipersonal no contaba con representante legal, pues éste, quien además era su único *socio*, había fallecido en días previos y sólo hasta marzo de la presente anualidad se inscribió el acta de nombramiento de la representante legal suplente (Audiencia virtual del 24 de junio de 2021 – CD 3 Hora 1:04:25).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la demandante argumentó que si bien el acta de nombramiento de la representante legal suplente se inscribió en la presente anualidad, la misma se encontraba suscrita desde el año 2019, sin que se justifique en modo alguno la mora en la inscripción. En todo caso, la lectura del mensaje de notificación indica que *ellos* tenían conocimiento de la existencia de la demanda pues incluso antes de su presentación se les habían hecho requerimientos por parte del Ministerio del Trabajo, a lo cual se debe agregar que el Juzgado envió citación a las 2 diligencias fijadas (Audiencia virtual del 24 de junio de 2021 – CD 3 Hora 1:16:47).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Según el artículo 133 numeral 8 del CGP, el proceso es nulo en todo o parte por la indebida notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas¹. Dicha irregularidad puede ser alegada por *“la persona afectada”* (artículo 135 inciso 3º *ibídem*).

En el proceso laboral el auto que admite la demanda se notifica *personalmente al demandado*, según lo dispone el artículo 41 literal A numeral 1 del CPTSS², y dicho trámite se puede surtir con el envío de la providencia, como mensaje de datos, a la dirección electrónica que suministre el interesado en la

¹ “El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...).

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado”.

² “Las notificaciones se harán en la siguiente forma:

A. Personalmente.

1. Al demandado, la del auto admisorio de la demanda y, en general, la que tenga por objeto hacerle saber la primera providencia que se dicte”.

notificación, caso en el cual se entenderá surtida transcurridos dos días hábiles del envío del mensaje (artículo 6 del Decreto 806 de 2020)³.

Cuando el *demandado* tiene la forma jurídica de una *Empresa Unitaria (EU)*, cuya regulación define el capítulo 8º de la Ley 222 de 1995, la notificación se entiende surtida cuando se ha efectuado a la persona natural que tiene la representación legal, o a la persona que se haya delegado para el efecto. No sobra recordar, en los términos del artículo 71 de la Ley 222, que *“La Empresa Unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica”* y por ello, quienes se encuentren inscritos en el registro mercantil *“serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento”*⁴.

Con el anterior referente normativo el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues según el certificado de existencia y representación legal de la accionada la única persona inscrita como representante legal de la EU demandada, para las fecha en que se intentó la notificación, era JULIO ADONÁ OCHOA GONZÁLEZ (folios 11, 12 y 38 a 40), quien había fallecido el 12 de agosto de 2020 (ver registro civil de defunción en folios 36 y 37). Solo hasta el 15 de marzo de 2021 se inscribió el acta mediante la cual se nombró a ÁNGELA VIVIANA RENDÓN MONTES como suplente y representante legal.

³ Decreto 806 de 2020 artículo 8. *“Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, (...).*

El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.
(...).

Cuando exista discrepancia sobre la forma en que se practicó la notificación, la parte que se considere afectada deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, al solicitar la declaratoria de nulidad de lo actuado, que no se enteró de la providencia, además de cumplir con lo dispuesto en los artículos 132 a 138 del Código General del Proceso.”.

⁴ *“Las personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento”.*

De ello resulta claro que la notificación de la persona jurídica no se pudo surtir válidamente el 15 de septiembre de 2020, fecha en que la parte actora remitió la notificación electrónica (ver folios 22, 23, 25 y 26). Pese a que el acta de nombramiento de la representante legal suplente de la convocada data del 22 de abril de 2019, solo se pudo entender como su representante legal *“para todos los efectos legales”* a partir de la inscripción ante la Cámara de Comercio, lo que ocurrió el 15 de marzo de 2021 (folios 38 a 40).

Por el resultado del recurso, las costas de la apelación corren a cargo de la demandante (artículo 365 #1 inciso 2º del CGP).

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.
2. **COSTAS** de la apelación a cargo del demandante.

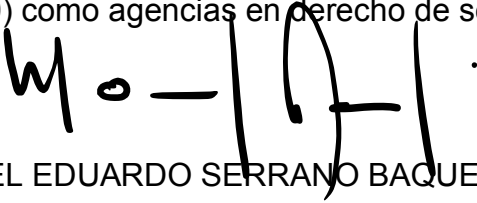
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado