

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE EDUARDO ROMEARO RODRIGUEZ CONTRA
GUSTAVO SILVA IBARRA.**

Nueve (9) de diciembre 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 estudiar el recurso de apelación propuesto por el demandante sobre la sentencia dictada el 30 de junio de 2021 por el juez Primero (1) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales y se absolvió al demandado de las condenas reclamadas en la demanda.

Reclama el demandante en este proceso, el pago de honorarios profesionales causados por la ejecución de un contrato escrito de prestación de servicios profesionales cuyo objeto fue *“(...) adelantar y llevar hasta su culminación jurídica, inclusive hasta la sentencia, bien directamente, o a través de otros abogados, pero siempre bajo su responsabilidad, PROCESO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA en contra de la Universidad Externado de Colombia, con quien LA CONTRATANTE, tuvo relación laboral desde el 15 de febrero de 1972, hasta 18 de abril de 2007”*.

Para tomar su decisión, el juez concluyó que el contrato de mandato se otorgó para tramitar el proceso en primera instancia únicamente, y dado que la recuperación del dinero se obtuvo en un estadio posterior del proceso y para ese momento el apoderado principal había sustituido el poder, no procedía al pago de los honorarios que reclama la demanda.

Afirma el apoderado del demandante en el recurso, que la sustitución del poder no terminó el mandato, y por ello se causaron los honorarios pactados. Aduce que sobre la terminación del mandato se pronunció la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá al negar el incidente de regulación de honorarios que propuso el demandante con base en que el poder otorgado no había terminado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia los artículos 2142 y 2143 del Código Civil definen el *mandato* como el contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Este contrato puede ser *gratuito u oneroso*, y tratándose del mandato para gestiones judiciales la remuneración se define *por lo acordado entre las partes antes o después del contrato*, y solo a falta de acuerdo, por lo que disponga la Ley según las gestiones realizadas.

Bajo el lineamiento referido y una vez revisado el expediente la Sala revocará la decisión apelada y ordenará el pago de los honorarios pactados, pues las pruebas acopiadas demuestran que el objeto dispuesto en el contrato escrito de prestación de servicios profesionales se cumplió (tramitar un proceso laboral) y que ocurrió la condición suspensiva de la cual pendía el pago de los honorarios: recuperar unas sumas de dinero.

Debe señalar el Tribunal que conforme al artículo 76 del CGP, el mandato no termina con la sustitución del poder sino con su revocación.

Por ello, no se puede entender que la sustitución del poder que hizo el demandante en la esposa del demandado hubiera terminado con la gestión encomendada en el contrato. En el caso que se estudia resulta particularmente relevante, para descifrar cuál fue la voluntad de las partes en el momento de la sustitución del poder, el contenido de la providencia que dispuso la terminación anticipada del proceso disciplinario que instauró el demandado ante del Consejo Seccional de la Judicatura en contra de su abogado, aquí demandante. Dice la providencia: "*Por otra parte, una vez celebrada la audiencia de conciliación se programó audiencia para la práctica*

de pruebas y alegatos de conclusión, donde el abogado no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que él entregó y que podía usarse en su caso, además de que, su actuación fue deficiente, mostrando su desinterés en el cumplimiento del contrato de prestación de servicios, motivo por el cual, trató de revocarle el poder pero este solo aceptó sustituirlo para cobrar los honorarios establecidos al momento del fallo, mismos que considera injustificados (...)" (folio 36).

Bien podía el demandado en este proceso haber revocado unilateralmente el poder para terminar con ello el mandato, pero no lo hizo, teniendo claro según el texto que de tal omisión resultaba la obligación de pagar los honorarios pactados.

Con base en el artículo 12 del CPL, resulta desacertada la conclusión a la que arribó el juzgador de primer grado, según la cual, el objeto del contrato de prestación de servicios era el trámite del proceso únicamente durante la primera instancia.

El texto acordado señaló como obligación del apoderado "adelantar y llevar hasta su culminación jurídica, inclusive hasta la sentencia, bien directamente, o a través de otros abogados, pero siempre bajo su responsabilidad, PROCESO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA", para hacer la distinción que legalmente estipula el artículo 12 del código procesal del trabajo entre procesos de PRIMERA INSTANCIA y procesos de ÚNICA INSTANCIA, sin que de ello se pueda concluir válidamente que el acuerdo hubiera excluido de la gestión a todos los trámites de apelación que se pudieran presentar sobre los autos dictados en primera instancia o sobre la sentencia.

Así las cosas y dado que se cumplió la condición señalada en el contrato de prestación de servicios que pactó el valor de los honorarios en la modalidad de *Cuota Litis*, procede el pago del 35% sobre "la suma que se llegare a recuperar" (folio 30). Bajo tal regulación –que es Ley para las partes- el pago de los honorarios pendía de un hecho futuro e incierto que finalmente ocurrió.

Como se recuperó en el momento de suscribir la transacción, como suma cierta de dinero, \$80.250.000 (folio 28), surgió a cargo del demandado la

obligación de pagar al demandante VEINTIOCHO MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL QUINIETOS PESOS (\$28.087.500) a cuyo pago será condenado.

No se libraré condena por los pagos que se pudieran realizar sobre mesadas futuras, pues tales sumas de dinero no se recibieron en el momento de la *transacción* que puso fin al proceso judicial.

La suma adeudada se debe pagar en forma indexada, para lo cual se debe usar la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, 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 se debió hacer dicho pago (el 26 de agosto de 2013, cuando se suscribió la transacción).

Sin costas en segunda instancia.

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 sentencia apelada.
- 2. CONDENAR** a GUSTAVO SILVA IBARRA a pagar en favor de EDUARDO ROMERO RODRIGUEZ, VEINTIOCHO MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL QUINIETOS PESOS (\$28.087.500), suma que se debe entregar indexada, en la forma que define la parte motiva de esta providencia.
- 3. SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE.

Esta decisión la tomó la Sala Sexta Laboral integrada por los magistrados,



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 DIEGO IVÁN MOJICA CORCHUELO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre 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 y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2021 por el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase 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.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DIEGO IVÁN MOJICA CORCHUELO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en mayo de 1999, con fundamento en que se le indujo a error al no estar precedido por información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dejar su régimen anterior y las consecuencias a futuro de ello, pues se basaron en ofrecimientos sin análisis o motivación alguna. Nunca se le otorgó información sobre la posibilidad y conveniencia de retornar al RPM. Como consecuencia de lo anterior, pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de todos los valores recibidos con motivo de su afiliación como cotizaciones, *bonos pensionales*, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados (ver demanda en archivo 1 folios 3 a 12).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente, sin que obre medio probatorio alguno que acredite lo contrario. Lo que sí se evidencia es la negligencia del actor en consultar su situación pensional, lo cual era su obligación como consumidor financiero. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, al no ser beneficiario del régimen de transición. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui géneris de las entidades de seguridad social, proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia*

del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica (ver contestación en archivo 8 folios 2 a 20).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a dicha entidad se efectuó de manera libre e informada, previo suministro asesoría oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz sobre las características del RAIS, como lo manifestó la actora en el formulario correspondiente y según las normas vigentes, y, en todo caso, la obligación de asesoría surgió sólo hasta el Decreto 2555 de 2010. Resaltó que el sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes. Así mismo, el demandante nunca presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado, lo que sumado a su permanencia en dicho régimen da cuenta de su ratificación tácita de la afiliación. Tampoco hizo uso de la posibilidad de traslado antes de estar a menos de 10 años de la edad pensional, pese a que dicha información le fue puesta en conocimiento por medio de campañas públicas de la entidad y de la entonces Superintendencia Bancaria. No se advierte pues, causal alguna de ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos ya cumplieron su cometido legalmente establecido. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en archivo 12 folios 2 a 26).

Terminó la primera instancia con sentencia de 27 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con

prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de DIEGO IVÁN MUJICA CORCHUELO a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., realizada el 1 de mayo de 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros, debidamente indexadas por el periodo en que el demandante permaneció afiliada a esa administradora. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que, una vez se efectuó el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, junto con sus correspondientes aportes. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: CONDENAR en costas a la demanda PORVENIR. Fíjense las agencias en derecho por la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese el expediente al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.”* (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 Min. 42:32).

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 PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que el demandante tomó una decisión libre. Agregó que, no se encontró confesión alguna en tal sentido en el interrogatorio de parte rendido por el actor.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A., a través de su apoderada, pidió que se revoque la decisión, por considerar que en el presente asunto no se cumplieron los presupuestos de ineficacia señalados en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no se atentó contra el derecho de afiliación del actor; por el contrario, se efectuó la misma como se evidencia en el formulario correspondiente debidamente firmado, sin que para entonces se requiriera documental adicional a la allegada al trámite. En todo caso, el demandante permaneció más de 20 años afiliado sin presentar queja alguna y actualmente se encuentra incurso en la prohibición de traslado señalado en la Ley 797 de 2003. Manifestó que no hay lugar a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, pues estos fueron descontados y utilizados conforme las disposiciones legales y ya no se encuentran en su poder, por lo que su entrega a COLPENSIONES conlleva un enriquecimiento sin justa causa, pues esta entidad también los habría descontado. Adicionalmente, dichos rubros no se encaminan a financiar la prestación pensional, por lo que se debe declarar probada su prescripción. Resaltó que no se debatió en el proceso la indexación de las condenas, por lo que no era dable ordenarlos, la cual además corresponde a una doble condena pues se suman a los rendimientos causados, cuya devolución también se ordenó (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 Min. 43:42).

El apoderado de COLPENSIONES también pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto se probó la debida asesoría verbal por parte de la AFP, como lo señaló la representante legal de PORVENIR en interrogatorio de parte. Agregó que, de una simple revisión de los aportes del actor, su mesada no superaría el salario mínimo. Considera que la ineficacia aplica únicamente para quienes tenían más de 750 semanas cotizadas, como lo ha considerado el legislador. La parte actora no cumplió su carga de probar los hechos en que funda lo pretendido. Señaló que el demandante estuvo más de 20 años afiliado al RAIS, sin manifestar en ningún momento intención de traslado. Finalmente,

considera que no existe enriquecimiento sin justa causa, por el contrario, está asumiendo una obligación pensional que podría afectar su estabilidad financiera (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 Min. 49:40).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 349,14 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 1 año 8 meses y 11 días)², 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 55 años de edad – ver archivo 1 folios 15 y 38).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el expediente administrativo – carpeta 2.

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 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*

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante pues indicó que su traslado se dio cuando un *funcionario* de PORVENIR, en una reunión de 30 a 45 minutos, les expuso la información y les presentó formulario, para entonces se hablaba que el ISS se iba a acabar y había que buscar un fondo privado. Le indicaron que se podría pensionar con menos tiempo de acuerdo a los aportes que hiciera (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 Min. 09:25).

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.

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 del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (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 que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia, los valores se

deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo 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 COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

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

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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
- 2. 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

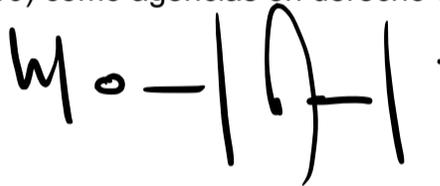


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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 NÉSTOR SIMÓN ACOSTA RAMÍREZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 9 de agosto de 2021 por el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones orientadas a la declaración de *nulidad* e ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por los doctores Claudia Maritza Muñoz Gómez y Alejandro Miguel Castellanos López, quienes se identifican con T.P. 243.847 y 115.849, apoderados principales de la parte actora y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., respectivamente. Así mismo, téngase a al doctor Jhon Ferney Patiño Hernández, quien se identifica con T.P. 319.844, para actuar como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NÉSTOR SIMÓN ACOSTA RAMÍREZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., 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 e* ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en octubre de 1997, así como el realizado con posterioridad dentro del mismo régimen, con fundamento en que se le indujo a error al no estar precedido por el suministro de una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características de cada régimen y las consecuencias de su decisión, pues se limitó a señalar que el ISS se encontraba en problemas financieros que podrían afectar el eventual reconocimiento de su pensión, en cambio en el RAIS obtendría una mesada pensional mayor. No se efectuaron proyecciones respecto de las eventuales prestaciones que podría obtener en cada régimen pensional. Al calcular su mesada pensional, evidencia que en el RAIS obtendrá una prestación muy inferior a la que recibiría en el RPM. Como consecuencia de lo anterior, pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de la totalidad del capital contenido en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, *bonos y/o títulos pensionales a que haya lugar* (ver demanda en archivo 001 folios 1 a 11).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente, sin que haya probado lo contrario. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que el actor se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *validez de la afiliación al régimen de*

ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica (ver contestación en archivo 001 folios 113 a 123).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación con dicha entidad no implicó el traslado de régimen del actor, quien, por el contrario, ya se había trasladado al interior del RAIS en 5 oportunidades distintas, lo que da cuenta de su conocimiento acerca de las condiciones de dicho régimen previo a su afiliación con COLFONDOS. Adicionalmente, previo a la suscripción del formulario de afiliación se brindó una *re-asesoría* integral sobre las implicaciones de su decisión, las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como sobre la opción de retracto y las condiciones necesarias para alcanzar la prestación en el RAIS. Resaltó que no se cumplen los presupuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando la afiliación ha perdurado por más de 21 años en el RAIS y 8 con dicha entidad. El afiliado se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos y obligación a cargo exclusivamente de un tercero (ver contestación en archivo 001 folios 178 a 200).*

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 dirigidas en su

contra, argumentando que la afiliación a la entonces AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre y espontánea, luego de recibir una asesoría comparativa, como lo manifestó el actor en el formulario correspondiente, sin que para entonces existiera el deber de información en los términos solicitados por el actor. Resaltó que el sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes. Las cotizaciones voluntarias permiten alcanzar un derecho pensional antes de cumplir la edad necesaria y en una mesada superior frente al RPM. Así mismo, el demandante efectuó varias afiliaciones al RAIS durante más de 21 años, en ninguna de las cuales presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado, lo que sumado a su permanencia en dicho régimen da cuenta de su ratificación tácita de la afiliación. No se advierte pues, causal alguna de ineficacia y, en todo caso, el afiliado se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. 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 001 folios 236 a 259).

Mediante auto notificado en estado del 6 de julio de 2020, se dispuso *integrar el contradictorio por pasiva* con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (archivo 001 folios 377 y 378), la cual contestó mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con base en que la afiliación a dicha entidad se efectuó de manera libre y voluntaria, previa asesoría completa, clara y comprensible, acorde a la normatividad vigente, como lo manifestó el actor en el formulario correspondiente, según lo establecido en el Decreto 692 de 1994. Resaltó que el sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes y, por ello, su desconocimiento no es excusa. El actor nunca

presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado. No se advierte pues, causal alguna de ineficacia y, en todo caso, el afiliado se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. La modificación en el monto de la mesada se dio por cambios normativos y en la expectativa de vida, sin que ello implique un vicio en el consentimiento. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 001 folios 387 a 403).

Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de agosto de 2021, mediante la cual el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de la declaratoria de nulidad e 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 sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor NÉSTOR SIMÓN ACOSTA RAMÍREZ, declarando probada la excepción de saneamiento de la nulidad alegada. SEGUNDO: Sin COSTAS para las partes. TERCERO: En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese con el superior a favor del demandante y afiliado”* (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2021 Hora 1:22:31).

Para tomar su decisión, el Juez consideró que en este tipo de procesos no resulta aplicable la figura de la ineficacia que ha traído la línea jurisprudencial

trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sino que lo adecuado es verificar la nulidad relativa, esto es saneable, del acto de afiliación, sin que la misma sea susceptible de prescribir por encontrarse íntimamente ligada al derecho pensional. Así pues, pese a no encontrarse probado en el trámite el suministro de la información necesaria previo al traslado de régimen, se tiene que, mediante actos de *relacionamiento*, se puede entender que el demandante tuvo conocimiento de las particularidades de cada régimen, máxime cuando se trata de una persona profesional que presentó 6 traslados al interior del RAIS, lo que permite inferir su intención de mantenerse en el mismo.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada del demandante, pidió que se revoque la decisión, por considerar que en el presente asunto la Corte ha sido reiterativa en señalar que la figura que se debe aplicar es la ineficacia señalada en la Ley 100 de 1993, no así la nulidad. Al respecto, ninguna de las demandadas probó en el presente trámite, que al momento del traslado de régimen o de aquellos que se hicieron al interior del RAIS, pues los mismos pudieron darse con la convicción errada de encontrarse en un régimen que le garantizaría su derecho pensional en las condiciones en que le fue ofrecido inicialmente. Así pues, no hay un análisis de una prueba sobre la información recibida por el actor, pues el Juez se limitó a hacer una inferencia por los diversos traslados, sin que en modo alguno el afiliado hubiera confesado haber recibido la asesoría necesaria para entender que su traslado estuvo libre de vicios o que éstos se sanearon en alguno de los traslados posteriores (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2021 Hora 1:23:28).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía 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 37 años de edad y había cotizado 563,14 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 7 años 5 meses y 12 días)², 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 58 años de edad – ver archivo 001 folios 15 y 106).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 001 folios 67 a 71 y expediente administrativo en archivo 002.

² *Ibidem*.

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

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

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: (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 se vislumbraran o no 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*”

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”.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia para declarar -en las mismas palabras usadas por la Corte- la *ineficacia* del traslado de régimen del demandante, y dictará las condenas que corresponden con el criterio que en esta materia trazó la Corte, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que se 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 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”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues indicó que en su lugar de trabajo los reunieron en auditorios los fondos de pensiones, quienes les informaron que el ISS se acabaría por lo que podrían perder sus semanas cotizadas y se estaban presentando muchas dificultades para que las personas se pensionaran. Posteriormente tuvo una reunión personal con el asesor de COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., quien reiteró la información dada y allegó el formulario correspondiente. También le indicaron que el fondo

recuperaría las semanas que había cotizado al ISS. En traslados posteriores le indicaron que su pensión podría ser mejor, sin indicar la forma en la que obtendría dichas ventajas o cómo se efectuaría el cálculo correspondiente. Sólo hasta que se afilió a SANTANDER le indicaron que tendría unos rendimientos que mejorarían su pensión. Informó que realizó aportes voluntarios únicamente por recomendación de su contador paera acceder a beneficios en su declaración de impuestos sobre la renta (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2021 Min. 13:09).

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

En consecuencia, se condenará a COLFONDOS S.A. a la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos. Así mismo, se condenará a la referida entidad, a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., a devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible descontar suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), pues 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, *“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 que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ por formar este porcentaje parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS

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

Por las resultas del proceso, según el artículo 365 del CGP, las COSTAS en primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

SIN condena en COSTAS en la apelación.

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

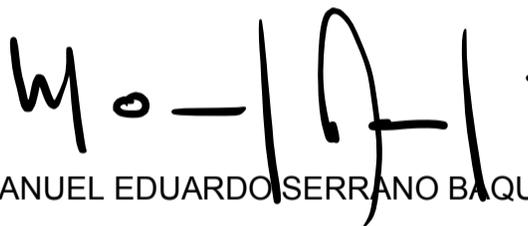
RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de NÉSTOR SIMÓN ACOSTA RAMÍREZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
3. **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros pertenecientes a la cuenta del demandante, debidamente indexados, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, acorde a lo motivado.
4. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar los valores descontados a títulos de gastos de administración durante la afiliación del demandante a dichas AFP, debidamente indexados, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

5. **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA que entregue toda la información contenida en la historia laboral de NÉSTOR SIMÓN ACOSTA RAMÍREZ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
6. **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 incurrieron los fondos de pensiones.
7. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.
8. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE RAÚL GALINDO ROA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre 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 todas las demandadas, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 11 de octubre de 2021 por la Juez Octava (8ª) 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 la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, con T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, RAÚL GALINDO ROA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 17 de agosto de 1995, con fundamento en que la AFP PROTECCIÓN no le proporcionó información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a dicho régimen. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare la afiliación del demandante en el RPM sin solución de continuidad, y se le ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar la totalidad de los aportes cotizados en el RAIS con destino a COLPENSIONES (ver demanda en folios 4 a 24 del plenario).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas con fundamento en que DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) no omitió su deber de información, por lo que el acto de afiliación celebrado entre las partes es plenamente eficaz, pues se reunieron todos los requisitos para su existencia, eficacia y validez, en especial, la expresión de voluntad del demandante. Propuso como excepciones de fondo las de *validez de la afiliación al RAIS con DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 117 a 123).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que se presume que el traslado de régimen se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional, por lo que la existencia de vicios en el consentimiento, falta de información y/o ineficacia alegados, se deben probar en el desarrollo del proceso judicial. Advirtió que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las que el demandante efectuó el traslado de RPM al RAIS. Propuso como excepción previa la de *falta de competencia por no agotamiento de reclamación administrativa* y las excepciones de mérito de *prescripción y*

caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, y la declaratoria de otras excepciones (ver contestación en folios 164 a 170).

Mediante auto proferido el 29 de septiembre de 2020 por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá, confirmado el 18 de diciembre del mismo año por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se DECLARÓ NO PROBADA la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa, propuesta por COLPENSIONES.

Terminó la primera instancia con sentencia de 11 de octubre de 2021, mediante la cual la Juez Octava (8ª) 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 DEL TRASLADO del señor RAÚL GALINDO ROA realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 17 de agosto de 1995, mediante la afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado del régimen pensional del señor RAÚL GALINDO ROA. TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor RAÚL GALINDO ROA tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivo e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal de Trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN S.A., que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar los ajustes en la*

historia pensional del actor. QUINTO: sin condena en costas en esta instancia ante su no causación. SEXTO: En caso de no ser apelada, y como quiera que fue adversa a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, enviar el presente asunto al TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA LABORAL para que se surta el grado jurisdiccional de consulta” (CD 3, audiencia virtual No 2, minuto 55:10).

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 PROTECCIÓN S.A. 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, y advirtió que el formulario de afiliación no es prueba del consentimiento informado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de PROTECCIÓN SA y COLPENSIONES.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. pide que se revoque parcialmente el fallo de primera instancia en cuanto condenó a la AFP a la devolución de los gastos de administración. Afirma que como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen, se deben devolver los ahorros contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante y los rendimientos que se generaron por la gestión del fondo privado, pero estima improcedente la devolución de las comisiones de administración, pues son comisiones causadas que se cobraron conformidad con lo establecido en la ley, para obtener rentabilidad sobre los aportes del demandante. Advirtió que dichos gastos también hubiesen sido cobrados en el RPM, y que en atención al principio de restituciones mutuas, no se puede desconocer que se generaron frutos o mejoras en los aportes efectuados (CD 3, audiencia virtual No 2, minuto 56:36).

Por su parte, el apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión, pues para el momento en el que operó el traslado de régimen pensional las normas únicamente exigían la suscripción del formulario de afiliación, por lo que no es posible para el fondo de pensiones aportar documentación o pruebas diferentes de la información que se le brindó al demandante para el momento de la afiliación, lo que pone a las demandadas en una posición probatoria desfavorable. Además, considera que en el interrogatorio de parte del demandante este reconoció que se le informó sobre características que tiene el RAIS y que no tiene el RPM, como la rentabilidad, el derecho a un bono pensional y la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, y que este tipo de decisiones afecta la sostenibilidad financiera del RPM (CD 3, audiencia virtual No 2, minuto 59:55).

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 35 años de edad y había cotizado 761.71 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 13 años, 4 meses y 22 días)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de acceso a la pensión (tenía 59 años – ver cédula de ciudadanía a folio 25 y constancia de la presentación de la demanda a folio 92).

¹ Ver reporte de semanas cotizadas en el historial de cotizaciones aportado por COLPENSIONES – ver expediente administrativo en el CD No. 1 del expediente.

² *Ibidem*.

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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*”.

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 PROTECCIÓN S.A. (por absorción de la AFP DAVIVIR) no probó haberle brindado *toda la información pertinente*

en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (año 1995), como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

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 en este indicó que la empresa para que laboraba (DAVIVIENDA) le informó a los empleados que un asesor del fondo DAVIVIR iría a la entidad bancaria para que los empleados se afiliaran en dicho fondo dado que el ISS se iba a acabar, oportunidad en la que le informaron que debían trasladarse para no perder los aportes efectuados hasta el momento, y que en dicho fondo las cotizaciones iban a generar más rendimientos y rentabilidad, y que tendrían derecho a un bono pensional, lo que les permitiría acceder a una mejor pensión a cualquier edad (audiencia virtual No 2, minuto 11:00). No dijo haber recibido 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 del actor en el RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de las cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas

adicionales, junto con los rendimientos que se hubieren causado, 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), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

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

COSTAS en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

DECISIÓN

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”.*

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$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 LOLA ALICIA MORA DE GONZÁLEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

Bogotá D. C., nueve (9) de diciembre 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 las partes, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 6 de agosto de 2021 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante con pago de retroactivo correspondiente debidamente indexado y costas, y se ABSOLVIÓ del pago de intereses moratorios.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LOLA ALICIA MORA DE GONZÁLEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca a su favor la sustitución de la pensión de vejez que percibía en vida su cónyuge JORGE ERNESTO GONZÁLEZ QUIROGA, con quien contrajo matrimonio el 20 de mayo de 1970 y convivió de manera ininterrumpida hasta el momento de su fallecimiento ocurrido el 21 de enero de 2017 (es decir, durante más de 45 años). Afirma que la entidad negó el derecho pensional con fundamento en que en la investigación administrativa no logró probar la calidad de beneficiaria o los extremos de la convivencia con

el causante. Pide que se declare el derecho a la pensión de sobrevivientes desde el 21 de agosto de 2017 y se condene al pago del retroactivo pensional junto con los intereses moratorios a que haya lugar o, en subsidio de éstos, se ordene la indexación de las sumas reconocidas (ver demanda e folios 2 a 13).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que no se probó convivencia entre la actora y el causante dentro de los cinco años anteriores a su fallecimiento, para lo cual resulta insuficiente el registro civil de matrimonio, pues el mero vínculo matrimonial no da derecho a la pensión reclamada. Agregó que resulta sospechoso que la accionante no autorizó la entrevista cuando fue requerida por la entidad para verificar los dichos de su solicitud, sumado a que la *declarante* allí referida no tenía claridad acerca de si la convivencia se había extendido hasta el fallecimiento del causante o no. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido; buena fe; no configuración del derecho al pago de I.P.C, ni de indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar; compensación; prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación de folios 34 a 46).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de agosto de 2021, a través de la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante con pago de retroactivo correspondiente debidamente indexado y costas, y se ABSOLVIÓ del pago de intereses moratorios.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la ciudadana LOLA ALICIA GONZÁLEZ DE MORA (sic) en condición de cónyuge supérstite, la pensión de sobreviviente con ocasión*

al fallecimiento del ciudadano JORGE ENRIQUE (sic) GONZÁLEZ QUIROGA, reconocimiento que se deberá efectuar a partir del 21 de enero del año 2017, en cuantía inicial de \$3.216.170, por 14 mesadas anuales. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a cancelar a la demandante LOLA ALICIA GONZÁLEZ DE MORA (sic), por concepto de retroactivo, la suma de \$51.004.146, liquidado desde el 21 de enero (sic) y a la fecha de emisión de la presente providencia, suma que se deberá cancelar de manera indexada a la fecha de su pago. Así mismo se autoriza para que COLPENSIONES realice los descuentos de ley con destino al sistema general de seguridad social en salud. TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones impetradas en su contra, particularmente la que da cuenta del reconocimiento de intereses moratorios y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de este proveído. CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de inexistencia del derecho respecto a los intereses moratorios, de conformidad a los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia. QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad demandada. Liquidense por secretaria. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia. SEXTO: Enviar las presentes diligencias a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia” (Audiencia virtual del 6 de agosto de 2021 Hora 1:32:08).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que la demandante acreditó la condición de beneficiaria de la pensión de sobreviviente reclamada, para lo cual tuvo en cuenta la declaración de parte rendida a través su hija, en calidad de apoderada general, así como el testimonio practicado. Manifestó que la prestación debía cancelarse por 14

mesadas anuales y de manera indexada. Negó los intereses moratorios por cuanto la mora en definir el derecho pensional obedeció a la renuencia de la actora a autorizar la entrevista dentro de la investigación administrativa que adelantó la entidad.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la parte demandante solicitó se modifique la suma reconocida como retroactivo, en cuanto la misma no corresponde con el monto de la mesada pensional objeto de condena. Adicionalmente, pide que se condene al pago de intereses moratorios, por considerar que los mismos proceden ante el no pago *íntegro, cabal y completo* de mesadas pensionales, según reciente jurisprudencia, pues sí se demostró la calidad de beneficiaria *desde un principio* (Audiencia virtual del 6 de agosto de 2021 Hora 1:36:26)¹.

Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES pidió se revoque la sentencia, pues la demandante no demostró haber convivido y hecho vida marital con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del causante. Aduce

¹ *"Bueno entonces doctor si me permito presentar un recurso, el recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, en, teniendo en cuenta bueno bajo los siguientes aspectos: Según la liquidación informada acá por el despacho donde se está liquidando la mesada pensional para el año 2017, fecha de fallecimiento de aquí el causante el señor Jorge Ernesto, se está liquidando la mesada pensional en 3.216.170, para lo cual al momento de hacer la liquidación del retroactivo pensional reconocido da más de 51 millones, que fue lo que esta liquidando el despacho como, como mesadas pensionales, por lo tanto yo lo que solicito al honorable Tribunal es que se modifique y se reevalúe nuevamente el cálculo del retroactivo pensional de acuerdo a la mesada, a la, a la mesada pensional liquidada en 3.216.170 por pensión de vejez, ya que liquidada desde el 21 de enero del 2017 a la fecha que se está emitiendo la sentencia da un, una, una suma muy superior a la indicada en las consideraciones del fallo. Esos, eso podría decir dentro del, del recurso de apelación si el Tribunal me lo puede modificar la liquidación, en, con respecto, bueno también quería hacer como otra, otra anotación, si es pertinente, con respecto que no, no se reconocieron los intereses moratorios den, dentro de esta pensión de sobrevivientes, yo si les solicito al honorable Tribunal también que si es posible revoque esta decisión y se, y se reconozcan dichos intereses ya que la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias recientes con radicado 66868 del 19 de agosto del 2020 fijo una posición respecto al reconocimiento de, de, de estos intereses, consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, señalando que estos proceden frente ya al no pago íntegro, cabal y completo de las, de las mesadas pensionales, saldos o reajuste ordenaros judicialmente; en este caso pues ya la señora Lola, mi, mi representada, desde un principio había demostrado la calidad de beneficiaria respecto a esta pensión y por lo tanto pues es posible que estos intereses solicitados si prosperen dentro de esta pensión de sobrevivientes y las sumas de, y las sumas reconocidas como mesadas pensionales entonces por lo tanto yo si apelo ya lo indicado acá y lo sustentado su señoría".*

que en el trámite de la investigación adelantada por la entidad la declarante interrogada no supo indicar si la pareja había convivido de manera ininterrumpida previo al fallecimiento, y en el presente proceso se presentó inconsistencia entre el interrogatorio de parte –rendido a través de apoderada general, hija de la actora- y el testimonio recibido, pues la primera dijo que toda la vida estuvo junto a sus padres incluso hasta el fallecimiento, pero la testigo refirió no haber visto a la deponente con la pareja. Por otra parte, solicita que se revoque la condena en costas contra su representada ya que su actuar ha sido siempre de buena fe (Audiencia virtual del 6 de agosto de 2021 Hora 1:39:43)².

² “Su señoría muchas gracias, a continuación me permito presentar y sustentar el recurso de apelación dentro del proceso de la referencia en contra de la providencia dicta por el despacho, toda vez que esta parte no se encuentra de acuerdo con la tesis del despacho Así como lo ha venido definiendo o sustentado en la referen... en las, en los, en las diferentes formas de defensa en los intereses de mi representada, la Administradora Colombiana de Pensiones. Para el caso en concreto, su señoría, se tiene que la demandante no cuenta o no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes conforme a la normatividad vigente, Ley 100 del 93 y Ley 797 del 2003, dado que se vislumbra que el principal requisito para acceder a la pensión o a la prestación solicitada es demostrar la vida marital y convivencia con el causante, lo cual en el presente caso no se logró demostrar. Por ese motivo o ateniendo a lo anterior, se encuentre dentro del expediente la investigación administrativa, realizada por la empresa Cosinte mediante radicado 47463, que, una vez realizada la investigación administrativa, se evidencio, como ya se argumentó en los alegatos de conclusión, que se realizó una entrevista donde se indagó a una declarante que no... o ella indagó que no le constaba que la demandante y la... el causante vivían juntos o que al momento de... de fallecer tenían una convivencia... una convivencia interrumpida durante los últimos 5 años de, de convivencia o de la, del fallecimiento del causante. Así mismo, su señoría, en el interrogatorio de parte y de la declaración rendida por el testigo ev... se evidencio una clara inconsistencia en el sentido de que la demándate, o la representante legal de la demandante, adujo que en los había convivido con él, con el causante, ella en calidad de hija y su madre y su padre, no obstante la testigo no logro acreditar o no logro coincidir con este testimonio en el sentido que nunca le consto haber visto a la hija conviviendo con, con sus padres, en ese sentido se ve una clara inconsistencia por lo tanto no se logra acreditar que el dema... la demandante y el causante convivieron durante los últimos 5 años por lo tanto no habría lugar al reconocimiento y pago de la prestación solicitada y la anterior tesis tiene o tiene fundamento de acuerdo al, a la reciente sentencia emitida por la Corte Constitucional en sentencia SU-149 del 21 de mayo del 2021 en la cual se dejó sentado que tanto la conyugue como compañera permanente sin importar que, que sea afiliado o pensionado deberá demostrar la convivencia ininterrumpida durante los últimos 5 años. Así las cosas solicito respetuosamente al honorable magistrado del Tribunal Superior de la Sala Laboral de Bogotá revoque la decisión tomada por el juzgador de primera y, en su lugar, absuelva a mi representada, la Administradora Colombiana Colpensiones. En igual sentido solicito a la hono... a los honorables magistrados no se condene o se re... revoque la condena en costas en contra de mi representada toda vez que se ha actuado de buena fe en todo el transcurso del proceso, así mismo, se ha venido realizando la defensa técnica en todas las etapas procesales, constituyendo para tal fin los apoderados judiciales. Así, señores magistrados, dejo sentados los alegato... el recurso de apelación, muchas gracias”.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes al proceso: i) que JORGE ERNESTO GONZÁLEZ QUIROGA falleció el 21 de enero de 2017 (folio 26), momento para el cual gozaba de pensión legal de vejez reconocida mediante la Resolución No. 253536 del 12 de julio de 2014, modificada por las Resoluciones Nos. 95087 del 30 de marzo de 2015, GNR 406971 del 15 de diciembre de 2015 y GNR 47108 del 13 de febrero de 2017 (folios 19 a 25); y ii) que para la fecha del fallecimiento del causante se encontraba vigente el vínculo matrimonial contraído con la demandante el 20 de mayo 1970 (folios 14 y 15).

El Tribunal debe definir si se causó o no el derecho a pensión de sobrevivencia en la cónyuge, y en dado caso, si procedía no el pago de intereses moratorios.

(i) PENSION DE SOBREVIVENCIA. Para resolver lo primero, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite del pensionado(a), si acreditan haber hecho vida marital con él hasta su muerte y convivencia por un período no inferior a los cinco (5) años inmediatamente anteriores al óbito. En caso de cónyuge supérstite dicho interregno de convivencia puede ser acreditado en cualquier tiempo según lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al interpretar el numeral 3 del artículo 47 de la Ley 100 de 1993³.

La carga de demostrar estas situaciones la tiene la parte que alega el hecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, y la prueba aportada para el efecto debe ser clara y suficiente pues, también lo ha dicho la Corte, la pensión

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia SL4321-2021 Rad. 84592 M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN: “A propósito del alcance del inciso 3º del literal b) del artículo en comento, esta Corporación ha indicado que tal disposición le dio preeminencia al concepto de «unión conyugal» y otorgó el derecho del (de la) cónyuge a recibir la pensión de sobrevivientes, no obstante que estuviera separado (a) de hecho del (la) causante, siempre y cuando acredite una convivencia real y efectiva durante el tiempo legal establecido de cinco (5) años, en cualquier época”.

de sobrevivencia protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), y debe ser evaluada en cada caso dado que *“pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua”* (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 1399 de 2018, M.P. CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Bajo los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, y una vez revisada la evidencia que se aportó al expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que reconoció el derecho a favor de LOLA ALICIA MORA DE GONZÁLEZ, pues en esta persona se cumplen las condiciones que dan acceso a la sustitución de la pensión que devengaba en vida JORGE ERNESTO GONZÁLEZ QUIROGA, con quien se acreditó convivencia por un lapso superior a 5 años previos a su fallecimiento.

Se llega a la conclusión anterior con base en el testimonio rendido por DIANA CAROLINA LAVERDE ROJAS⁴, amiga de la demandante, quien manifestó conocerla desde el año 2010 pues siempre la veía con el causante cuando visitaba la casa de su tía, aledaña a la residencia de la pareja, y desde entonces sabía que eran esposos sin que nunca se hubiera enterado de una separación. Agregó que en 2016 la oficina de la empresa para la que trabajaba se trasladó muy cerca de la casa de los cónyuges, razón por la cual a partir de entonces tuvo un trato mucho más cercano con la actora, quien era muy sociable, por lo que también se dio a conocer con los compañeros de trabajo de la testigo, quienes eran solidarios con ella. Si bien no pudo referir la fecha exacta del fallecimiento, manifestó que se enteró de ello días después por boca

⁴ Audiencia virtual del 6 de agosto de 2021 Min. 22:34.

de la propia demandante, y fue coincidente con las demás pruebas allegadas y practicadas en señalar que en algunas ocasiones la pareja no se encontraba en su casa pues iban a Guadalupe – Santander a visitar a su hija KAREN, quien residía allí.

La anterior declaración, pese a no abundar en detalles, ofrece plena credibilidad a la Sala por cuando luce espontánea, no se vislumbra un interés directo en el resultado de la litis, y se limita a señalar los hechos que directamente le constan a la deponente, sin hacer suposiciones, elucubraciones o afirmaciones que den cuenta de un eventual sesgo. Adicionalmente, coincide con las pruebas documentales que dan cuenta del vínculo matrimonial vigente de la accionante con JORGE ENRIQUE GONZÁLEZ QUIROGA (folios 14 y 15).

Dicho testimonio fue coincidente con lo dicho por KAREN VERUSHKA GONZÁLEZ MORA⁵, quien, pese a rendir interrogatorio de parte –en calidad de apoderada general de la actora- fue clara en señalar hechos que le constaban como hija de la pareja, como quiera que fue en tal sentido en que le fueron formuladas las preguntas por parte de la apoderada de la demandada y del Juez, según los cuales desde su nacimiento en el año 1973 hasta el fallecimiento de su padre la pareja nunca se separó. Si bien indicó que esta último pasaba algunos períodos en su casa ubicada en Guadalupe – Santander, incluso durante sus últimos 15 días de vida, mientras su madre permanecía en Bogotá, ello se debía exclusivamente a problemas de salud que padecía el causante y en todo caso, siempre se visitaban cuando se presentaba dicha situación. Valorada esta declaración con las demás pruebas aportadas permite alcanzar un nivel de certeza acerca de la convivencia de la

⁵ Audiencia virtual del 6 de agosto de 2021 Min. 14:00.

pareja durante más de 5 años anteriores a la muerte con base en las reglas de la *sana crítica* a que refieren los artículos 61 del CPTSS⁶ y 176 del CGP⁷.

En respuesta a la apelación de la demandada, se advierte que la convivencia entre la actora y el causante, no se ve afectada por la aparente contradicción entre la declaración rendida por la hija de la demandante, quien manifestó haber vivido toda la vida con sus padres, y el testimonio de DIANA CAROLINA LAVERDE ROJAS, que señaló únicamente haber visto a la pareja, por cuanto lo que interesa al trámite es la convivencia de la pareja y no de ésta con su hija, pero en todo caso, no se advierte contradicción pues esta última fue clara en señalar que se encontraba viviendo en Guadalupe – Santander, lugar en el que recibía a su padre cuando iba de visita.

(ii) INTERESES MORAOTRIOS. El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estableció a cargo de las entidades del Sistema de pensiones intereses de mora por el retardo en el pago de las mesadas de pensión a sus afiliados. Tratándose de la primera de ellas, en pensiones de sobrevivientes, el interés corre cuando transcurre el plazo de dos meses que tienen las entidades del Sistema para agotar el trámite administrativo y de investigación pertinente a la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes que le permitan a la entidad pagadora de pensiones agotar dichos trámites y definir el derecho reclamado (artículo 1° ley 717/2003).

Con base en estas normas se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto absolvió del pago de intereses moratorios y en su lugar ordenó la indexación de las mesadas pensionales, pues se evidencia de las pruebas aportadas al expediente que la demora en el reconocimiento pensional

⁶ “El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes”.

⁷ “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica,…”.

obedeció exclusivamente a la actitud renuente de la demandante quien se rehusó a autorizar la entrevista requerida por COLPENSIONES, diligencia necesaria para verificar la veracidad de su dicho en la investigación administrativa (folios 19 a 25). Además, al expediente no se aportó prueba de que, para el momento de elevar la solicitud o en algún momento posterior previo a la radicación de la presente demanda, se hubiera acreditado ante la entidad el lleno de los requisitos legales que darían acceso al derecho pensional que aquí se reconoce.

(iii) CONSULTA. Finalmente conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, se modificará el numeral primero de la decisión de primera instancia, por cuanto, al efectuar los cálculos correspondientes se obtiene una mesada pensional inferior a la calculada por el *a quo*. Así mismo, no se advierte prueba alguna que permita determinar, como lo indicó la sentencia, que el reconocimiento deba hacerse por 14 mesadas anuales.

Al respecto, se advierte de la parte considerativa de la Resolución DIR 16881 del 2 de octubre de 2017, que la mesada pensional para el año 2016 se *mantuvo* en “\$2.848.455”, en cumplimiento a lo ordenado en sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, modificada por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, del 5 de marzo de 2015 (folios 23 a 25). En consecuencia, al efectuar el reajuste correspondiente según la variación del IPC certificado por el DANE, conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993⁸, se obtiene una mesada pensional inicial para el 22 de agosto de 2017, fecha siguiente al óbito, de \$3.012.167, monto en el cual deberá ser reconocida la prestación.

En lo que respecta al número de mesadas anuales en que debe efectuarse el reconocimiento, se advierte que únicamente se cuenta con lo señalado en el

⁸ “Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”.

acto administrativo antes referido, respecto a que la prestación por vejez del causante tuvo una cuantía inicial de “\$1.933.730 efectiva a partir del 1 de agosto de 2005”, según lo dispuesto en Resolución No. 95087 del 30 de marzo de 2015 (folios 23 a 25), sin que se indique cuál fue la fecha de su causación.

Por ello, no es posible determinar si en el presente asunto resulta aplicable o no lo dispuesto en el inciso 8º y en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005⁹, pues, al tratarse de una prestación superior a 3 SMLMV (establecido para dicha anualidad en \$381.500), es necesario determinar si se causó antes o después de la publicación de la norma constitucional referida (publicada el 25 de julio de 2005 y corregida el 29 de julio siguiente), razón por la cual se ordenará el reconocimiento en los términos en que el causante percibía la prestación por vejez, acorde a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993¹⁰.

Asimismo, se revocará parcialmente el numeral segundo de la decisión de primera instancia, en cuanto estableció un valor específico por concepto de retroactivo pensional pues, tratándose de prestaciones periódicas, el saldo final se obtiene cuando la entidad hace la inclusión en nómina.

Finalmente, se confirmará la condena en COSTAS contra de la entidad demandada, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con COLPENSIONES según el texto de su contestación, en el cual planteó además controversia frente a

⁹ “Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.”

(...).

Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

¹⁰ “El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba”.

los argumentos que ésta expuso, y resultó vencida en dicha contienda (ver contestación de folios 34 a 46).

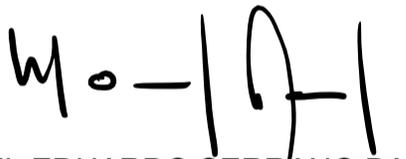
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia para definir que la prestación pensional se debe reconocer a partir del 22 de enero de 2017, en cuantía inicial de \$3.012.167, con los reajustes legales y las mesadas adicionales a que haya lugar, en los términos en que el causante percibía la pensión de vejez previo al deceso.
2. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en cuanto dispuso un valor concreto por concepto de retroactivo pensional causado. **CONFIRMARLO** en cuanto dispuso la indexación de las mesadas adeudadas.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE GLORIA VICTORIA NIÑO GALEANO CONTRA LA UNIVERSIDAD LIBRE Y TERESA CADENA SÁNCHEZ (litisconsorte necesaria)

Bogotá D. C., nueve (9) días de diciembre 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 demandante, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de TERESA CADENA SÁNCHEZ, la sentencia dictada el 21 de mayo de 2021 por la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la UNIVERSIDAD LIBRE del reconocimiento y pago de la sustitución pensional pretendida por la demandante y por la *litisconsorte necesaria*.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, GLORIA VICTORIA NIÑO GALEANO presentó demanda contra la UNIVERSIDAD LIBRE, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca a su favor *el 100%*, o el porcentaje que se llegare a determinar durante el trámite, de la sustitución de la pensión reconocida a CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO por parte de dicha entidad, a partir del 21 de abril de 2013, con intereses moratorios e indexación. Como fundamento, manifiesta que convivió con el causante de manera permanente y singular desde el 4 de abril de 2008 -fecha en la que iniciaron la unión marital de hecho- hasta el 21 de abril de 2013 -día en el que falleció-.

Así mismo, resalta que el causante era viudo desde el 24 de mayo de 1990 y que si bien sostuvo una relación sentimental con TERESA CADENA SÁNCHEZ (*litisconsorte necesaria*) entre diciembre de 2001 y octubre de 2003, tiempo durante el cual estuvo afiliada como beneficiaria de éste ante CAFESALUD, nunca convivieron como compañeros permanentes ni conformó con ella un grupo familiar y desconocía su paradero desde 2004, por lo cual solicitó su desvinculación como beneficiaria ante la Gobernación de Cundinamarca el 18 de junio de 2008 y el 1 de octubre de 2008 la *vinculó* (a la aquí demandante) como beneficiaria ante la EPS CAFESALUD. El 26 de mayo de 2012 la pareja presentó ante el notario 63 del Círculo de Bogotá escrito dirigido a la UNIVERSIDAD LIBRE en el que manifestaron su voluntad de sustituirse mutuamente sus pensiones. En virtud de lo anterior, con ocasión de la muerte del causante, la demandante solicitó la sustitución pensional ante las entidades pensionales, incluida la aquí demandada con comunicación del 12 de junio de 2014, la cual acompañó de declaraciones juramentadas de AMANDA DEL ROSARIO NIÑO SIERRA, DIANA PATRICIA GUZMÁN HERNÁNDEZ –hija del *de cuius*- y GERMÁN MORALES RODRÍGUEZ, que daban fe de la existencia del vínculo. Las prestaciones fueron dejadas en suspenso debido a la existencia de otra reclamante. Informa que además de la prestación pensional reconocida por la entidad educativa aquí demandada, el causante disfrutaba de una pensión de jubilación reconocida por la Caja de Previsión Social de Cundinamarca, y de pensión de vejez reconocida por el ISS, las cuales se encuentran en discusión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la cual declaró la falta de jurisdicción para conocer el presente trámite, por tratarse de una prestación reconocida por una entidad privada (ver demanda en archivo 01 folios 2 a 16).

Mediante auto del 10 de abril de 2019, se admitió la demanda y se vinculó a TERESA CADENA SÁNCHEZ en calidad de litisconsorte necesaria (archivo 01 folios 69 y 70), quien *contestó* en nombre propio, por ser abogada. Se opuso a la totalidad de las pretensiones, por considerar que la actora no hizo vida en común ni sostuvo unión marital de hecho con el causante. Resaltó que las declaraciones allegadas a nombre de éste se hicieran aprovechándose de su

condición de discapacidad neurológica, debido a la enfermedad que padeció a partir del 15 de octubre de 2003, en la cual perdió el habla. Agregó que la demandante es en realidad amiga de la hija del causante, DIANA PATRICIA GUZMÁN, quien pretende *hacerse a la pensión* de su difunto padre, y sólo se interesó por él a partir de su enfermedad para manejar la totalidad de sus bienes. Manifestó que su separación con el *de cuius* se debió a la hostilidad de su hija, quien le exigió que en caso de fallecer debía otorgarle la mitad de la pensión, a lo cual ella se negó. Así mismo -dice- fue DIANA GUZMÁN quien efectuó su desafiliación ante CAFESALUD EPS aprovechándose del estado de su padre. Resaltó que la afiliación de la aquí demandante ante dicha entidad fue “*rechazada*” como consta en el certificado aportado. Solicitó que se estudie el derecho pensional que ella pueda tener, en su calidad de compañera permanente del causante (ver archivo 01 folios 95 a 108).

Notificada la demanda a la UNIVERSIDAD LIBRE, también la contestó mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el beneficio recibido por el fallecido era de tipo voluntario, unilateral y vitalicio, otorgado por parte de la Conciliatura de dicha universidad, el cual fue excluido por decisión del mismo órgano mediante acuerdo No. 02 de 2002, razón por la cual no resulta procedente el reconocimiento a favor de beneficiarios o causahabientes. Éste desapareció con la muerte del causante, sin que exista norma que obligue a su pago desde ese momento. Manifestó que, en todo caso, ni la demandante ni la *litisconsorte necesaria* han acreditado el cumplimiento de los requisitos *emocionales* y de convivencia para acceder a la pretendida prestación. Propuso como excepciones de mérito: *genérica, falta de causa para demandar o ausencia de causa “petendi (sic)”, cobro de lo no debido y prescripción* (ver contestación en archivo 01 folios 123 a 132, 144 a 153 y 157).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de mayo de 2021, a través de la cual la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la UNIVERSIDAD LIBRE del reconocimiento y pago de la sustitución pensional pretendida por la demandante y por la *litisconsorte*

necesaria. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: ABSOLVER a la institución educativa UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA, de las pretensiones invocadas en el escrito de demanda por la señora GLORIA VICTORIA NIÑO GALEANO y por la litisconsorte necesario (sic) señora TERESA CADENA SÁNCHEZ, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia. TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante y a favor de la litisconsorte necesario (sic)*” (Audiencia virtual del 21 de mayo de 2021 – archivo 24 Min. 53:32).

Para tomar su decisión, la Juez encontró que la entidad educativa demandada no desvirtuó –como era su deber- que la prestación reconocida al causante fuera susceptible de sustitución por causa de muerte, razón por la cual se aplica la norma general que regula las pensiones de sobrevivientes. Sin perjuicio de ello, verificó que ni la demandante ni la *litisconsorte necesaria* acreditaron el requisito de convivencia con el causante en los últimos 5 años de vida de éste, pues en el caso de la primera las documentales allegadas no dan certeza suficiente al respecto, máxime cuando aquellas que fueron presuntamente suscritas por el causante no permiten establecer su autenticidad al no encontrarse firmadas por éste en los términos del artículo 244 del CGP, mientras que la que se habría presentado ante notario por la pareja no permiten establecer si la convivencia realmente se extendió hasta el deceso. Así mismo, resaltó que lo señalado en el interrogatorio de parte resulta contradictorio con los dichos de los testigos, e incluso con lo señalado en el escrito de demanda, pues las fechas señaladas en unos y otros difieren y, pese a que la actora señaló tener buena relación con los 3 hijos del causante, 2 de ellos manifestaron no conocerla ni saber de relación alguna que hubiera tenido su padre, distinta a la que mantuvo con una persona que no es parte del presente trámite. Consideró que no se evidenció la ayuda mutua real y afectiva, pues CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO se encontraba gravemente enfermo, al punto que resultaría poco probable que iniciara una

relación de ese tipo en su condición, sumado a que en la historia clínica de éste se registran otras personas como sus responsables, la mayoría de las veces su hija DIANA PATRICIA, quien además se encargaba del manejo de sus finanzas, lo que da cuenta de su estado de incapacidad. En cuanto a TERESA CADENA SÁNCHEZ, resaltó que según sus propios dichos la convivencia fue hasta 2003 y la relación se extendió hasta 2004, calenda en la que terminó la misma y que resulta muy lejana al deceso ocurrido en 2013.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la demandante pide se revoque la sentencia en su totalidad en lo que le atañe. Afirma que el Consejo de Estado ha establecido que no se puede hacer más grave la situación de quien alega la unión marital al exigir cargas que no impone la Ley, lo cual, en su sentir no ocurriría en un matrimonio, pues no es dable reclamar a la compañera que demuestre haber estado con el causante en todas sus actividades. Resaltó que, si los integrantes de la pareja son independientes económicamente, no era dable exigir que los patrimonios estuvieran mezclados, pues la dependencia o apoyo económico no es un requisito de la unión marital. En cuando a la falta de convivencia manifestó que la sentencia no analizó bien los testimonios que llevaron a concluir la falta de convivencia bajo el mismo techo, pues no es dable exigir a los testigos que señalen fechas exactas, ello, por el contrario, daría cuenta de una preparación de la prueba testimonial (Audiencia virtual del 21 de mayo de 2021 – archivo 24 Min. 54:32)¹.

¹ *“Muchas gracias su señoría, efectivamente manifiesto que interpongo el recurso de apelación en contra de la sentencia que se me está notificando a efectos de que la misma sea revocada en su totalidad en lo que respecta a la demandante Gloria Niño, mi poderdante y paso a explicar la sustentación del mismo. Basa la sentencia el Despacho en tres elementos que llaman mucho y poderosamente la atención, qué no hubo acompañamiento por parte de la demandante en la clínica cuando el señor pensionado estuvo enfermo y estuvo interno en dicha clínica, segundo que la economía de la casa era manejada por la hija del pensionado y tercero, concluye categóricamente que no convivió ella en el inmueble en dónde se encontraba el pensionado, esos tres pilares me parece a mí que están tomados de una manera bastante ligera, desde el punto de vista de los hechos que se hayan probado dentro del expediente no podemos derivar y establecer una carga mayor, una carga mayor a una persona por el solo hecho de que, quede por demostrar la unión marital con los acompañamientos a cada una de las actividades del compañero, la misma, el mismo Consejo de Estado se ha pronunciado sobre esos aspectos en donde dice que no se puede hacer más gravosa la situación de quienes alegando la unión marital no, se les, se les pongan unas cargas que no corresponden, el hecho de que la*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

demandante no haya estado allá con él, con él, con él, con el pensionado no quiere decir que no fuera su compañera permanente, en una relación entre esposos legalmente constituida por el matrimonio católico o el matrimonio civil, fijese pasado el mismo caso seguramente a ese, a esa, en esa relación no le van a decir es que usted no la acompañó a las citas médicas, por eso usted no es la esposa, no, es más que tuvo el cuidado de que estuviera esa persona rodeada de enfermeras, su hija cuando estuvo y regresó el exterior tomó cuidado también de acompañarlo, porque, porque la demandante tenía otras labores, tenía otros aspectos que realizar en su vida, por lo tanto para efectos de la sustentación únicamente dejó planteado que ese es un requisito impuesto de manera desbordada y en contra de lo que la ley establece frente al derecho de igualdad, que por el hecho de no aparecer acompañando al pensionado en sus citas médicas, en su hospitalización se deduzca que no es, que no fue compañera permanente durante los últimos cinco años como mínimo. Ahora con respecto a lo de la economía, sí bien es cierto hay sentencias en dónde se establece que precisamente de haber un apoyo económico, no es menos cierto que en sí las dos personas componentes de esa pareja, tienen definida su situación económica, pues cada una va a ver por su por ese aspecto sin necesidad de que una tenga que vivir pendiente de la otra porque no sería un requisito o no sería necesario, los patrimonios se confundían en ese momento en el sentido de que cada uno manejaba el suyo, como ocurre en muchas parejas igualmente de un matrimonio legalmente constituido bajo un contrato, claro, cada uno tiene su ingreso y cada uno tiene su ingreso, llegaríamos entonces a la conclusión de que ninguna... para que hubiese unión se requeriría que una persona no trabajará y la otra sí para que nosotros podamos nosotros de manera acertada decir que nació a la vida jurídica la unión marital, tanto en el contrato como en el no contrato, como en la vivencia de hecho, no ese es un aspecto también totalmente y una carga exagerada que se está colocando a la demandante en este caso para que se llegue a una conclusión de que como no se vio ese apoyo del uno al otro, tomé tres días, tome deje usted, entonces no existió unión marital de hecho, no hubo no hubo convivencia, es totalmente fuera de ley esa carga que se está imponiendo en esta relación para poder predicar su existencia y negarla de esa manera, en cuanto a que no convivió directamente bajo el mismo techo, que no pasó noches allá, que no estuvo acompañado pienso que se está haciendo una interpretación del acervo probatorio totalmente sesgado respecto a la idea de los dos puntos anteriores que ya venía fraguándose en la sustentación de la Providencia, definitivamente se toman de las declaraciones de los testigos, lo único que puede apoyar esa dos teorías equivocadas en mi concepto con todo respeto lo digo, equivocadas porque, porque como ya expliqué no tienen por qué, porque llevar a la inexistencia de una convivencia por el solo hecho de que no se realizaron esos acompañamientos y esa cooperación económica, entonces esa interpretación que se hace de la prueba testimonial siempre tiende a buscar el mínimo de error, a exigirle al testigo que tiene que decir la fecha exacta, eso no es posible, yo no le puedo exigir a un testigo que diga la hora, la fecha en que se enteró o en qué efectivamente se estableció la relación cómo lo puede decir categóricamente y con, con fuerza de certeza la demandante porque a ella sí le consta, el testigo puede decir a mí me consta que me di cuenta que más o menos para el año 2008, efectivamente ella se fue a vivir al apartamento del Señor Carlos Guzmán Botero, pero claro cómo le exijo yo a ese testigo, a menos que yo esté cuadrando la prueba y yo pongo aquí en mi oficina al testigo y le digo usted tiene que decir la fecha exacta y es tal, no, al testigo hay que dejarlo libre, al testigo hay que dejarlo que diga lo que le consta y no por el hecho de mencionar el año 2008 y no decir que fue el 4 de abril de 2008 podemos desechar el testimonio, a menos que como digo se esté hilando para qué con los argumentos anteriores se dé al... con la convivencia, obviamente eso ya es una exageración, eso ya es llevar a una interpretación del testimonio totalmente sesgada, con estos parámetros quiero decir que no estoy de acuerdo con la sentencia, con los fundamentos de la misma que por el contrario sí existe la convivencia y que en los antes, ante el superior, en los alegatos precisare con más cuidado lo que estoy manifestando como sustento el recurso, reiteró, su señoría la solicitud entonces de revocatoria de la sentencia en su totalidad con respecto o con lo que respecta a mi poderdante, muchas gracias”.

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: **(i)** que CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO falleció el 21 de abril de 2013 momento para el cual gozaba, entre otras, de pensión de jubilación pagada directamente por la UNIVERSIDAD LIBRE y reconocida en reunión de la Conciliatura de dicha entidad educativa del 15 de octubre de 1981, según Acta No. 25 de la misma fecha (archivo 01 folios 19 y 20 y cuaderno físico *hoja de vida* del causante folios 254 a 257); **(ii)** que el causante era viudo desde el 24 de mayo de 1990 (archivo 01 folios 21 y 22); y, **(iii)** que a falta de estipulación en contrario, la referida prestación de carácter voluntario es susceptible de ser sustituida por causa de muerte a favor de los beneficiarios legalmente dispuestos; así fue decidido en la sentencia de primera instancia y sobre esta materia no se propuso apelación.

Así las cosas, la Sala resolverá el conflicto que se presenta entre quienes alegan la calidad de compañeras permanentes del causante, GLORIA VICTORIA NIÑO GALEANO y TERESA CADENA SÁNCHEZ, por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes originada por el deceso del pensionado CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del óbito.

Sin embargo, pese a que la norma no lo contempla así, cuando existen 2 o más compañeras permanentes que disputan el derecho a suceder al causante, la pensión se debe dividir entre ellas en forma proporcional al tiempo de convivencia que cada una hubiera mantenido con el fallecido durante toda su

vida, si se demuestra que ambas mantuvieron convivencia simultánea al menos dentro de los (5) cinco años anteriores a la muerte el pensionado².

Sobre éste requisito, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la convivencia se debe demostrar claramente en el proceso, pues la pensión de sobrevivientes protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), y debe ser evaluada en cada caso dado que *“pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua”* (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 1399 de 2018, M.P. C CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Bajo estas reglas y una vez revisada en conjunto la totalidad del acervo probatorio arrimado al trámite y practicado en audiencias, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues ni GLORIA VICTORIA NIÑO GALEANO ni TERESA CADENA SÁNCHEZ demostraron convivencia con el causante dentro de los 5 años previos al deceso, en los términos contemplados en la norma y en la jurisprudencia citada, esto es, conformando un núcleo familiar

² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2893-2021 Rad. 83389 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ: *“(…) si bien es cierto que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no reguló expresamente la hipótesis relativa a la convivencia simultánea del causante con dos o más compañeras permanentes, también lo es que, soportada en un juicio analógico, es dable defender la tesis de que ante tal supuesto --dos o más compañeras (o) permanentes-- se genera el derecho a la pensión, dividida proporcionalmente entre las (los) o más compañeras (os) supérstites.*
(...).

(...). Lo dicho es mucho más fácil de entender si se tiene por claro que el derecho pensional se causa en favor del o de la compañera permanente, por manera que, sean dos o más quienes constituyen esa relación con el causante, su número resulta irrelevante para el reconocimiento pensional, pues la asignación del derecho pensional, que es uno solo, es decir, en su 100%, bien puede darse para un solo titular o para dos o más, en términos proporcionales al lapso de tiempo de convivencia, que se traducirá para cada uno en un porcentaje hasta la suma del referido 100% del total del derecho”.

estable identificado por *lazos de afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua.*

i) GLORIA VICTORIA NIÑO GALEANO alega la condición de compañera permanente del causante hasta la fecha de su deceso -21 de abril de 2013-, con quien habría iniciado la convivencia a partir del 4 de abril de 2008, época para la cual CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO tenía 83 años de edad (archivo 01 folio 18)m y había sufrido un ACV (Accidente Cerebro Vascular) a raíz de un procedimiento quirúrgico practicado 5 años atrás -el 15 de octubre de 2003- que le dejó como secuela, entre otros, diagnóstico de “AFASIA” (carpeta “*HISTORIA CLINICA SANTAFE*” archivos “*DESCRIPCION QUIRURGICA 1.pdf*” y “*EVENTO 3 EPICRISIS.pdf*”), caracterizada por la incapacidad para la comunicación verbal. Esto se evidencia de la extensa historia clínica allegada al plenario (carpeta “*HISTORIA CLINICA SANTAFE*” archivos “*EVENTO 3 HOSPITALIZACION DIA POR DIA.pdf*” a “*EVENTO 39 HOSPITALIZACION DIA POR DIA.pdf*”, entre otros).

La situación referida fue además declarada por los testigos y confesada por la demandante en el interrogatorio³, al manifestar que la convivencia con el causante inició un día en que éste, de manera insistente, le sujetó la mano en *señal* de que se fuera a vivir con él. Agregó que no dormían en el mismo cuarto para que él pudiera descansar bien, que el apartamento en que habitaban era propiedad del causante, que ella al mudarse llevó exclusivamente su ropa y enseres y tras el deceso se mudó de allí, y que no se hizo parte de la sucesión pues entendía que no le correspondía ninguno de los bienes del causante.

Dice no haberse beneficiado económicamente de su compañero, pues las finanzas de éste las administraba su hija DIANA PATRICIA GUZMÁN HERNÁNDEZ, y que cuando era necesario, la actora era ella quien aportaba

³ Audiencia virtual del 21 de enero de 2021 - archivo “*Audiencia Virtual - Proceso 2019-00139 (2).mp4*” Min. 13:47.

de su peculio para sobrellevar ciertos gastos, que eran elevados por el número de las enfermeras, médicos, chofer y personal de aseo que se debía mantener.

Dijo que el causante le cogía la mano siempre que lo veían con otra persona, y que una noche estando la hija DIANA PATRICIA, él le dijo con total claridad *“quédate esta noche conmigo”* y por eso se fue a vivir con el demandante pues no lo vio como *“tan allá”*. Que no se afilió a seguridad social pues pensaba que el causante de pronto iba a fallecer, razón por la que no se salió de su EPS, pese a lo cual presentó solicitud ante Cafesalud para afiliarse como beneficiaria.

De esta evidencia no se puede concluir que CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO estuviera en condiciones físicas y mentales aptas para iniciar o mantener una relación sentimental de las características que exige la jurisprudencia para la sucesión de las prestaciones por sobrevivencia: la conformación de un núcleo familiar estable caracterizado por lazos de afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua. Es éste y no otro, el tipo de vínculo que protege la norma aludida en concordancia con lo que implica tener una relación fundada en el apoyo y auxilio mutuos (artículos 113 y 176 del CC).

No se puede equiparar este tipo de relación a una mera amistad y/o al apoyo por gratitud en los últimos días de subsistencia de una persona.

En la declaración rendida por la demandante ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D”⁴, indicó: *“yo estuve ahí durante sus últimos años de vida porque yo compartí de verdad con él, (...) también era la gratitud de lo que él me había vuelto a ser a mí, o sea, yo volví a ser persona con él porque él me dio mucha seguridad, me dio mucha fortaleza en cierta etapa de mi vida y después, o sea, él era un hombre*

⁴ Audiencia del 20 de marzo de 2018 – carpeta *“Prueba Traslada”* archivo *“CP_0320163654574.wmv”* Min. 08:32.

protector, él me hizo feliz y yo también tengo pues mi agradecimiento y para mí no fue un sacrificio llegar a vivir con él...”.

Frente a las afirmaciones de acompañamiento constante de la actora al causante entre el 4 de abril de 2008 y el 21 de abril de 2013, ninguna evidencia documental se allegó. En la historia clínica de CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO siempre aparece como acompañante: “ENFERMERA” y en algunas ocasiones su hija DIANA PATRICIA. Lo anterior, se suma a los testimonios rendidos por CARLOS ALBERTO GUZMÁN HERNÁNDEZ⁵ y ÁNGELA MARÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ⁶, hijos del causante, quienes, pese a vivir fuera del país, manifestaron estar al tanto de la situación de salud de su padre y las circunstancias que la rodeaban, sin que de ninguna de sus visitas realizadas en sus últimos años de vida -al menos 1 o 2 veces al año-, ni de las conversaciones con las enfermeras que lo cuidaban o con su hermana DIANA PATRICIA GUZMÁN HERNÁNDEZ, hubieran conocido o visto algún indicio de que su padre mantuviera relación sentimental alguna. Refirieron que solo mantuvo una relación amorosa con LUZ BOTERO (quien no es parte del presente trámite) previo a que sufriera el ACV -15 de octubre de 2003-, la cual se prolongó hasta aproximadamente un año después. Ambos testigos se mostraron abiertamente sorprendidos al conocer que el objeto de este proceso fuera el reclamo de una pensión de sobrevivientes, pues ninguno de ellos llegó a conocer a la *litisconsorte necesaria* TERESA CADENA SÁNCHEZ, tan sólo la testigo ÁNGELA MARÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ dijo haber sabido acerca de la demandante como una amiga de su hermana DIANA PATRICIA, de quien ésta hablaba bastante. También resaltaron que tras sufrir el ACV, su padre no volvió a ser la misma persona y se encontraba muy limitado tanto en movilidad como en comunicación, al punto que sólo las enfermeras podían entender sus deseos o necesidades dada la capacitación especial que tenían para el efecto,

⁵ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – archivo “Audiencia Virtual - Proceso 2019-00139 Parte 2 24-03-2021.mp4” Min. 01:52.

⁶ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 – archivo “Audiencia Virtual - Proceso 2019-00139 Parte 2 24-03-2021.mp4” Min. 36:46.

por lo cual acordaron que su hermana DIANA PATRICIA se encargaría del cuidado y el manejo de los dineros del causante, quien no podía valerse por sí mismo.

ÁNGELA MARÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ agregó que la pensión de su padre era cuantiosa, especialmente la recibida por parte de la Gobernación de Cundinamarca, por lo que nunca tuvieron necesidad de ayudar económicamente a su sostenimiento, y que en el sepelio de su padre no vio doliente alguno, distinto a sus familiares y al profesorado de la UNIVERSIDAD LIBRE.

Estos testimonios, decretados de oficio por la juzgadora de primera instancia, lucen espontáneos, no se vislumbra un interés directo en el resultado de la litis, informaron acerca de los hechos que presenciaron directamente, así como de aquellos de los que habrían tenido conocimiento por la comunicación con su hermana y el personal médico que atendía a su padre quienes estaban al cuidado del causante, y sus afirmaciones coinciden con las pruebas documentales que dan cuenta del estado de salud de su padre CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO.

En el mismo sentido, se advierte que, en la investigación administrativa adelantada por COLPENSIONES, ninguna de las reclamantes quiso suministrar información acerca de los residentes del Edificio Pijaos, donde presuntamente vivían con el causante, así como tampoco acerca de los datos de contacto de los familiares de éste para verificar sus dichos.

Adicionalmente, en la misma investigación la entidad entrevistó a PEDRO ANTONIO CHAPARRO CARRILLO, guardia de seguridad del referido edificio, quien afirmó que conoció a CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO durante 15 años previos a su muerte, tiempo en que no le conoció esposa o compañera permanente alguna, y sólo permaneció con 2 enfermeras de tiempo completo (ver Resolución VPB 58394 del 26 de agosto de 2015 – carpeta “cd 2” archivo “GRF-AAT-RP-2014_6095357_2-20150826125026.pdf”).

Conforme a todo lo anterior, y dada la especial situación de salud del demandante, no ofrecen suficiente credibilidad los testimonios allegados por el extremo demandante para demostrar sus peticiones.

Si bien fueron coincidentes en señalar que el causante presentaba serias dificultades para su comunicación o para darse a entender verbalmente, no dudaron todos en afirmar que resultaba diáfana la relación de pareja existente entre éste y GLORIA VICTORIA NIÑO GALEANO. Dieron detalles íntimos e insinuaciones de un comportamiento exageradamente afectuoso entre la pareja, con reiteradas y sospechosamente coincidentes afirmaciones de que la presencia del demandante le daba *vida* al *de cuius*, las cuales no resultaban espontáneas, sino que resultaba evidente su afán de enfatizar en ello. En el mismo sentido, todos ellos repitieron que la convivencia se extendió durante los últimos 5 años de vida del causante, mínimo exigido por la norma aplicable al presente asunto, aún cuando no lograban recordar con certeza la fecha de inicio de la relación. Así mismo, contrastadas las afirmaciones recibidas en el presente trámite con las efectuadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D” y en las declaraciones extraproceso allegadas, se evidencian inconsistencias que, sumadas a las observaciones previas, derruyen la credibilidad que se pudiera dar a sus dichos y, en consecuencia, son claramente insuficiente para dictar la condena pretendida, como pasa a verse:

DIANA PATRICIA GUZMÁN HERNÁNDEZ⁷, hija del causante y amiga de la demandante, afirmó que la recuperación de su padre luego de haber sufrido el ACV fue tal, que llegó a dar discursos, situación que resulta contraria al contenido de la historia laboral y los dichos de los demás testigos allegados.

⁷ Audiencia virtual del 21 de enero de 2021 - archivo " Audiencia Virtual - Proceso 2019-00139 (1).mp4" Min. 08:32.

Así mismo, resulta contradictorio que ante esta jurisdicción haya afirmado recordar con total certeza que el inicio de la relación de su padre con la actora se dio el 4 de abril de 2008, fecha que recordaba con total certeza porque le “*impactó*” la noticia y porque esta coincidía con la calenda en que se le declaró su primer novio en 1970, mientras que ante la jurisdicción contencioso administrativa, señaló que lo que le llamó la atención del inicio de la relación fue que su padre le dijera a GLORIA VICTORIA “*quédate conmigo esta noche*” y, más adelante, “*vente a vivir conmigo*”, sin referir con la misma exactitud el día de inicio de la relación, pues se limitó a manifestar que había sido a principios de abril de 2008⁸. También llama la atención que hubiera afirmado que de la expresión del causante en que le dijo, bajo su propia imitación “*Teresa no*”, hubiera entendido que lo que este quería era que redactara una compleja carta dirigida a Cafesalud para solicitar la desafiliación de TERESA CADENA SÁNCHEZ como su beneficiaria. Finalmente, el hecho de que ella fuera la encargada de las finanzas del *de cuius* y no quien presuntamente fuera su compañera permanente, constituye un factor igualmente sospechoso a la hora de confiar en sus dichos.

GERMÁN MORALES RODRÍGUEZ⁹, amigo tanto del causante como de la demandante, pese a su cercanía con la pareja y su amistad de casi 30 años con el causante -se conocieron entre 1980 y 1981-, no pudo referir ante el Tribunal Administrativo cuáles eran los nombres de sus parientes e hijos, así como tampoco supo responder acerca de cuál era el color de la puerta y los muebles de la sala del causante¹⁰, en la que, según sus dichos, realizaba sus visitas con relativa frecuencia -una vez cada mes o cada mes y medio-, así como tampoco pudo dar cuenta de la composición de la vivienda. Empero, parecía recordar con extrema claridad que CARLOS ARTURO GUZMÁN

⁸ Audiencia del 13 de marzo de 2018 – carpeta “*Prueba Traslada*” archivo “*CP_0313141111618.wmv*” Min. 05:39.

⁹ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 - archivo “*Audiencia Virtual - Proceso 2019-00139 Parte 1 24-03-2021.mp4*” Min. 09:55.

¹⁰ Audiencia del 13 de marzo de 2018 – carpeta “*Prueba Traslada*” archivo “*CP_0313141111618.wmv*” Hora 1:00:53.

BOTERO siempre trataba de mostrarle con sus “gestos”, “muecas” y “ademanos” que se sentía alegre y vivo por estar con GLORIA VICTORIA GUZMÁN, pese a reconocer que este no se podía expresar verbalmente. Ello, sumado a que su conocimiento de la relación derivó muchas veces de suposiciones y conversaciones con su esposa, pues la demandante tenía muy buen corazón y era leal a sus amigos, impide dar credibilidad a sus afirmaciones acerca de la existencia real y efectiva de la relación de pareja aducida. También deviene motivo de duda que hubiera sido reiterativo en señalar que no recordaba la fecha exacta en que inició la relación de convivencia de la pareja, pese a haber afirmado en declaración extraproceso que la misma inició el 4 de abril de 2008 (archivo 01 folios 32 a 34).

ANA VICTORIA NIÑO LOZANO¹¹, trabajó en servicios domésticos para el causante desde 1992 hasta su fallecimiento. Pese a referir no estar al tanto de la vida de su empleador, al punto nunca se enteró a qué se dedicaba éste, no dudó en referir con certeza que la actora vivía allí desde 2008, pues en varias ocasiones debió lavarle la ropa íntima, encontraba su pijama en la cama del causante y estaba al tanto de verla salir a trabajar cuando iniciaba su jornada de trabajo a las 8:00 a.m. y regresar cuando estaba culminando sus servicios a las 4:00 o 5:00 p.m. Agregó que debía ayudar a pasar a CARLOS ARTURO de su camilla a una cama grande en la que ella cree tenía “sus relaciones”, manifestación que no se compadece del estado de salud ni la edad del causante, como ya se dijo. Manifestó que la pareja dormía en la misma cama, lo que contradice los dichos de la propia accionante quien afirmó dormir en un cuarto diferente. Señaló que ÁNGELA, hija del causante, llamaba constantemente a preguntar por la demandante, situación contraria a lo manifestado por dicha testigo, quien aseguró no conocer mucho a la actora, ni mucho menos de su presunta relación sentimental con su padre. Otro motivo de sospecha es que no logró recordar nombres de familiares u otras personas que visitaran al causante, pero no dudó en referir que el testigo GERMÁN

¹¹ Audiencia virtual del 24 de marzo de 2021 - archivo “Audiencia Virtual - Proceso 2019-00139 Parte 2 24-03-2021.mp4” Min. 04:19.

MORALES RODRÍGUEZ, iba constantemente a visitarlo. Finalmente, riñe con la sana crítica que ante el Tribunal de lo contencioso administrativo haya afirmado engañar al causante con una botella de *Pony Malta* sin etiqueta para hacerle creer que era cerveza, por lo que éste se ponía contento¹², para luego afirmar ante esta jurisdicción que él no era engañado, sino que se burlaba de ellas por creer que podían engañarlo, versión que resulta a todas luces acomodaticia.

DORA MARÍA TUNJO GARIBELLO¹³, enfermera del causante, fue coincidente con lo afirmado por la demandante respecto a que esta dormía en una habitación distinta a la del causante. Manifestó que en la relación siempre *reían* y se *abrazaban*, y todas las personas que tenían contacto con ellos sabían que la actora era la “esposa”. También recordó con facilidad que la convivencia había iniciado desde 2008, sin recordar fecha exacta; no obstante, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pese a la insistencia de los preguntantes, fue incapaz de referir año exacto en que la demandante se había ido a vivir con el *de cuius*, no sin dejar de hacer énfasis en que esto había sucedido alrededor de 5 años antes del fallecimiento¹⁴. Afirmó que la relación de ésta con los hijos del causante era de madre e hijos y se comunicaban constantemente, lo que es diametralmente opuesto a lo manifestado por éstos en las declaraciones antes referidas. Adicionalmente, todo lo anterior choca abiertamente con lo declarado en la investigación administrativa adelantada por COLPENSIONES -pese a haber desconocido rendir dicha declaración-, en la que afirmó que el causante no tenía esposa ni compañera permanente, situación que le constaba pues lo atendía todos los días de lunes a sábado (ver Resolución VPB 58394 del 26 de agosto de 2015 – carpeta “cd 2” archivo “GRF-AAT-RP-2014_6095357_2-20150826125026.pdf”), situación que

¹² Audiencia del 13 de marzo de 2018 – carpeta “Prueba Traslada” archivo “CP_0313141111618.wmv” Min. 1:50:12.

¹³ Audiencia virtual del 21 de enero de 2021 - archivo “Audiencia Virtual - Proceso 2019-00139.mp4” Min. 18:20.

¹⁴ Audiencia del 20 de marzo de 2018 – carpeta “Prueba Traslada” archivo “CP_0410174015605.wmv” Min. 05:30.

resulta más que suficiente para que se desestime su declaración y se investigue un eventual delito de falso testimonio o fraude procesal.

DORA YOLIMA ALONSO MORENO declaró únicamente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D”¹⁵, quien prestó sus servicios de aseo y posteriormente de vigilancia en el Edificio Pijaos, en el cual residía el causante, informó haber visto a la demandante visitarlo con frecuencia desde 2002 y saber que más adelante se fue a vivir allí, sin lograr referir fecha alguna, pues la vio llegar con “*el trasteo*”, que incluía “*sus cosas, pues, que una mesa, cositas así*”, afirmación que resulta sospechosamente coincidente con lo manifestado por la demandante en sentido contrario pues en su declaración ante la misma autoridad judicial señaló que se llevó únicamente sus cosas personales nada más, “*ni una mesa ni nada*”¹⁶.

Finalmente, no resultan útiles en esta materia los testimonios de JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ YARA¹⁷ y MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ¹⁸, trabajadores de la UNIVERSIDAD LIBRE, pues manifestaron no tener conocimiento acerca de la eventual relación del causante con la demandante o la *litisconsorte necesaria*, y limitaron sus dichos a las situaciones administrativas generadas al interior de la entidad educativa demandada a raíz de la reclamación pensional de aquellas.

Es por todo lo anterior que, se itera, no se encuentra probada la existencia de una relación de convivencia entre GLORIA VICTORIA NIÑO GALEANO y

¹⁵ Audiencia del 20 de marzo de 2018 – carpeta “*Prueba Traslada*” archivo “*CP_0320182044516.wmv*” Min. 03:22.

¹⁶ Audiencia del 20 de marzo de 2018 – carpeta “*Prueba Traslada*” archivo “*CP_0320163654574.wmv*” Min. 08:32.

¹⁷ Audiencia virtual del 21 de enero de 2021 - archivo “*Audiencia Virtual - Proceso 2019-00139 (1).mp4*” Hora 1:15:35.

¹⁸ Audiencia virtual del 21 de enero de 2021 - archivo “*Audiencia Virtual - Proceso 2019-00139.mp4*” Min. 05:02.

CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO, caracterizada por la conformación de un núcleo familiar estable unido por *lazos de afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*.

ii) Respecto de la convivencia entre el causante y TERESA CADENA SÁNCHEZ (compañera permanente), obran cartas con presentación personal del pensionado de fechas 8 de abril de 1998, 2 de marzo de 2000 y 28 de noviembre de 2001, en las que afirma que han sido compañeros permanentes desde mediados de 1992 (archivo 01 folios 111 a 116). No obstante, el vínculo no persistió más allá del año 2004, tal como lo confesó la referida *litisconsorte necesaria* en interrogatorio de parte¹⁹, esto es, casi 10 años antes del fallecimiento del causante -21 de abril de 2013-, sin que se hayan acreditado las alegadas situaciones de fuerza mayor relativas a restricciones o presiones impuestas por los familiares de CARLOS ARTURO GUZMÁN BOTERO que le habrían impedido continuar con la relación o generado su separación, en tanto no se allegó ninguna prueba al respecto. Nada se dijo al respecto en el interrogatorio rendido ante Tribunal Administrativo contenido en la prueba trasladada²⁰.

Así las cosas, al no demostrarse lo contrario, se tiene que tal distanciamiento físico implicó la terminación de la comunidad de vida de la pareja en la medida en que NO *subsistieron los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*, como ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

¹⁹ Audiencia del 20 de marzo de 2018 – carpeta “Prueba Traslada” archivo “CP_0320163654574.wmv” Hora 1:22:14.

²⁰ Audiencia del 20 de marzo de 2018 – carpeta “Prueba Traslada” archivo “CP_0320163654574.wmv” Hora 01:00:35.

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. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en segunda instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de 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**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ FERNANDO RICO PEÑA CONTRA
FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO S.A.S.**

Bogotá D. C., nueve (9) de diciembre 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 la parte demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de junio de 2021. En ella, se ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ FERNANDO RICO PEÑA presentó demanda contra FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, vigente del 6 de febrero al 12 de marzo de 2019 y se condene al pago de salarios, cesantías, sus intereses y la sanción por *la no consignación* de éstos, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, los pagos a caja de compensación familiar, las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, y la indexación de las sumas reconocidas. Como fundamento de lo pedido afirma que fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñarse en el

cargo de *operador de tractomula (conductor)*, con horario de domingo a domingo *con disponibilidad de tiempo*, con un salario de \$1.115.000, labor que ejecutó de manera personal y subordinada, sin que llegara a presentar llamado de atención alguno. El 12 de marzo de 2019 se le comunica la decisión de dar por terminado su vínculo por no haber superado el período de prueba. No le fue cancelado salario ni la liquidación de prestaciones sociales (folios 4 a 13).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO S.A.S., mediante su representante legal y apoderado general, quien se allanó a la declaratoria del contrato de trabajo y se opuso a las demás pretensiones con fundamento en que la sociedad canceló la totalidad de las acreencias laborales del actor, de conformidad con la liquidación allegada y efectuó las deducciones legales a que había lugar, entre ellas el monto de un préstamo otorgado al entonces trabajador. Resaltó que del cruce de cuentas referido se generó un saldo negativo, razón por la cual no se consignó suma alguna. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y cobro del o no debido, falta de causa, buena fe y genérica* (folios 32 a 38 y 51 a 54).

Terminó la primera instancia con sentencia del 2 de junio de 2021, en la cual la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSÉ FERNANDO RICO PEÑA, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR PROBADA (sic) las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa y buena fe, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia. CUARTO: En caso de no apelarse esta decisión, por haber sido adversa a las pretensiones del trabajador, remítase el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en grado de CONSULTA en su favor,*

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS” (Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 - CD 3 Hora 1:02:04).

Para tomar su decisión, la Juez encontró probados el pagos de salarios, prestaciones y vacaciones en debida forma. Consideró que los descuentos efectuados se encontraban amparados por la Ley, máxime cuando se hicieron al finalizar el vínculo y con autorización escrita del trabajador, documento que no fue objeto de tacha. Señaló que no se probó la causación de viáticos pagados de manera anticipada, lo que justificó su descuento al finalizar el vínculo. Todo lo anterior arroja como resultado un valor negativo de liquidación, por lo que no había lugar a pagar suma alguna al actor. En el mismo sentido, evidenció que los pagos a seguridad social se hicieron acorde al salario real devengado, teniendo en cuenta el número de días laborados en cada mes. En consecuencia, no se generó mora en el pago de acreencias laborales, por lo que no hay lugar a indemnización, y dada la duración del contrato, tampoco se generó la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado del demandante manifestó que se debió tener en cuenta el artículo 149 numeral 2 del CST, que impide que se efectúen deducciones que afecten el salario mínimo legal del trabajador, aun cuando obre autorización del mismo. Afirma que durante el vínculo el actor se desempeñó como conductor y nunca recibió llamado de atención por no cumplir su labor, y se encuentra así probada la causación de los viáticos descontados en la liquidación, por lo que solicita se efectuó pronunciamiento al respecto (Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 - CD 3 Hora 1:03:46)¹.

¹ *“Gracias doctora, señora Juez. Me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo proferido en razón a que como primera medida el despacho no tuvo en cuenta lo estipulado en el artículo 149 del Código Sustantivo de Trabajo, el numeral 2 en el cual así haya existido una autorización escrita por parte del trabajador para que se haga algún tipo de retención deducción o compensación de salarios no se tuvo en cuenta que esas, esas, esa opción y afectó el mínimo vital de mi representado en razón a que esas deducciones están superando el salario mínimo legal. Téngase en cuenta que el préstamo, tengamos en cuenta que el salario mínimo para el año 2019 estaba por el valor de \$828.211 pesos y la deducción que se le hizo ahí por concepto de préstamo fue por \$870.000 pesos más los 600...*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala, por haber sido aceptados o encontrarse contenidos en la sentencia de primera instancia y no haber sido apelados: (i) que entre FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO S.A.S. y el demandante existió un contrato de trabajo entre el 6 de febrero y el 12 de marzo de 2019, el cual terminó por no superar el período de prueba (folios 17, 18, 43 y 44); (ii) que en vigencia del vínculo el trabajador recibió un préstamo de la sociedad demandada en cuantía de \$870.000 y autorizó que el mismo fuera descontado de sus salarios, prestaciones sociales y demás pagos en caso de retiro (folio 49); y (iii) que durante el vínculo el trabajador recibió pagos de viáticos de transporte y alimentación prestacionales y no prestacionales que ascienden a \$632.000 (folios 60 a 63).

En consonancia con el recurso de apelación, el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS) si al terminar el contrato el empleador podía descontar de la liquidación del trabajador la totalidad de lo adeudado por éste a título de préstamo, así como el valor de los viáticos cancelados en vigencia del vínculo o si, en este último caso, se probó su causación.

Para resolver, el artículo 149 del CST prohíbe al empleador *deducir, retener o compensar* suma del salario del trabajador durante la vigencia del contrato de

permítame un segundo, más los \$630.000 pesos que suman casi \$1.500.000 entonces, esta, esta, esta deducción vulnera y afectó el mínimo legal de, de mi cliente por lo anteriormente dicho, adicional a lo anterior en cuanto a los viáticos que también fueron descontados de la liquidación, estos si fueron realmente, estos si fueron probados y no como lo aduce el despacho qué, qué, qué, qué no hubo prueba de la que se haya dado credibilidad de que sí fueron sufragados por mí, por mi cliente es muy cierto que estos viáticos si fueron sufragados por qué durante todo el tiempo que duró la relación laboral desde el 6 febrero 2021 al 12 de marzo 2021 el señor José Fernando Rico prestó sus servicios como conductor, entonces durante ese tiempo el trabajo, él se movilizó, él hizo, él hizo pues lo que, lo que le correspondía por el objeto de su, de su prestación de su servicio entonces razón por la cual el sí hizo gastos de los viáticos que la empresa le, le dio a él porque nunca hubo tampoco una, un llamado de atención a él o, o no hay algo que acredite que él no haya trabajado durante ese tiempo, entonces razón por la cual, ya el Tribunal quiero que se enfatice en eso, en que realmente el señor Fernando Rico Peña durante el tiempo que estuvo contratado, el sí laboró, por ende si hizo utilización de los, de los viáticos que le fueron consignados, muchas gracias su señoría”.

trabajo, sin previa orden de éste o mandamiento judicial, salvo las excepciones señaladas en el artículo 59 numeral 1 *ibídem* entre las cuales se encuentran las retenciones o *compensaciones* en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400 del CST.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral ha señalado claramente que dicha prohibición se justifica en el elemento de subordinación propio del contrato de trabajo, y como éste desaparece al momento de finalizar el vínculo, bien se puede descontar de la liquidación final de prestaciones y salarios el empleador, por compensación, las sumas de dinero adeudadas por el trabajador que se hubieran generado por préstamos acordados durante relación, incluso aunque no mediase autorización escrita del trabajador^{2 3}.

² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia SL16794-2015 Rad. 40907 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO: “(...), de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el empleador se encuentra facultado para compensar en la liquidación final de salarios y prestaciones, los préstamos otorgados al trabajador en vigencia del contrato de trabajo. Ha dicho la Sala que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica en el desarrollo de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador (CSJ SL, 10 sep. 2003, rad. 21057; CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 20857; CSJ SL, 12 may. 2006, rad. 27278; CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 27425; CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32061). De suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados”.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia SL3690-2020 Rad. 68363 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: “(...), la compensación en materia laboral, a la terminación de la relación laboral, procede sin autorización escrita del trabajador, ya que la obligación del empleador de solicitar autorización judicial para la deducción de las cifras adeudadas, está previsto para el caso de compromisos contraídos en vigencia del contrato de trabajo sobre el salario y las prestaciones que pretendan ser deducidas también en ejecución del mismo, como una garantía de la ley, para que el trabajador no se vea afectado en el ingreso ante deudas con su empleador. Sobre el tema, se pueden consultar los fallos de casación del 10 de septiembre de 2003, rad. 21057, reiterado en decisiones del 12 de mayo y 19 de octubre de 2006, rad., 27278 y 27425, CSJ SL712-2013, y CSJ SL8095-2014. Así las cosas, partiendo de la base, que la demandada, a la terminación del contrato sí podía compensar obligaciones del trabajador, se debe examinar, si realmente el trabajador tenía alguna deuda con el empleador en vigencia del vínculo laboral, concretamente, si recibió dineros que en esencia no estaba legitimado para recibir, al no haber prestado el servicio, por habersele pagado anticipadamente”.

Con base en lo dicho, se confirmará la decisión de primera instancia, pues se descontaron de la liquidación de salarios y prestaciones \$870.000 que se habían entregado al trabajador a título de “PRESTAMO (sic) EMPRESA A EMPLEADO”, así como los viáticos que habían sido entregados previa y anticipadamente al actor. No fue objeto de discusión en el recurso de alzada, que la demandada efectuó un préstamo al actor el 13 de febrero de 2019 por la suma de \$870.000, el cual fue recibido a satisfacción según recibo de caja menor aportado, y conforme a lo cual autorizó que fuera descontado de sus salarios, prestaciones y otros pagos (folios 49 y 49 vto.).

Lo anterior fue confirmado por el testimonio de CRISTIAN GONZALO ZAPATA VILLÁN⁴, quien tuvo conocimiento del hecho en su función de analista de nómina de la demandada.

En cuanto a los viáticos⁵ se advierte que su valor en realidad no fue descontado de los salarios y prestaciones adeudados al trabajador, su inclusión en la liquidación definitiva del contrato de trabajo tiene únicamente efectos contables, tal como lo señaló el testigo CRISTIAN GONZALO ZAPATA VILLÁN⁶, se debían tener en cuenta en el referido documento a fin de calcular el valor total de las prestaciones adeudadas, pues los mismos fueron cancelados *durante la operación*. Nótese que, en el referido documento estos aparecen en idénticos valores tanto en “DEDUCCIONES” como devengos - recuadro “LIQUIDACIÓN”- (folio 45)⁷, por lo que al ser sumados y restados en igual proporción arrojan un valor nulo que en nada afecta a los salarios y

⁴ Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 - CD 2 archivo “Audiencia 2020-00069-20210503_103633-Grabación de la reunión.mp4” Min. 02:20.

⁵ Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 - CD 2 archivo “Audiencia 2020-00069-20210503_093737-Grabación de la reunión.mp4” Min. 34:45.

⁶ Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 - CD 2 archivo “Audiencia 2020-00069-20210503_103633-Grabación de la reunión.mp4” Min. 02:20.

⁷ “VIATICOS TRANSPORTE NO PRESTACIONAL	225.000
VIATICOS ALIMENTACION PRESTACIONAL	225.000
VIATICOS TRANSPORTE NO PRESTACIONAL	90.000
VIATICOS ALIMENTACION PRESTACIONAL	90.000”.

prestaciones adeudados al trabajador. Así mismo, se resalta, no fue objeto de recurso el pago de estos en vigencia del vínculo de lo cual dan cuenta los extractos bancarios allegados por la pasiva (folios 60 a 63).

En este orden de ideas nada aporta el determinar si los mismos se pagaron anticipadamente –como lo afirma la demandada- o si se encontraron debidamente causados –como lo advierte el apelante-, pues la realidad es que fueron efectivamente pagados en vigencia del vínculo, y no se descontó suma alguna por este concepto de los valores adeudados al trabajador a título de salarios y prestaciones, su inclusión en la liquidación del vínculo se limitó a tenerlos en cuenta dentro de la base salarial para el cálculo de los derechos laborales.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

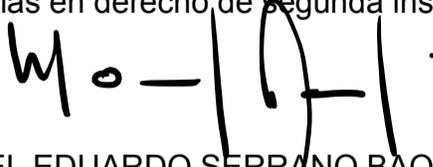


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de 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**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE HEBERTO OLIVARES REQUEN CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Bogotá D. C., nueve (9) días de diciembre 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 propuesto por la parte demandante y la UGPP, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 1° de marzo de 2021 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a la UGPP a pagar indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del demandante, en virtud de los tiempos de servicio que prestó para la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, HEBERTO OLIVARES REQUEN presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, para que

mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor la pensión sanción de que trata el artículo de la Ley 171 de 1961.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que laboró para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO entre el 11 de mayo de 1973 y el 22 de diciembre de 1983, es decir, durante 10 años, 7 meses y 11 días; que su desvinculación se produjo por despido sin justa causa por parte del empleador; y que nunca fue afiliado al Sistema General de Pensiones. Pide el reconocimiento de la pensión sanción a partir de la edad de 60 años, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, y la indexación de las sumas adeudadas. De forma subsidiaria, pide el pago del cálculo actuarial o bono pensional que corresponde a los tiempos laborados para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO (ver demanda en las páginas 3 a 17 del expediente digitalizado).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante no cumple los requisitos para acceder a la pensión legal proporcional con base en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, pues la desvinculación laboral del actor de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO se llevó a cabo por mutuo acuerdo y no por despido sin justa causa. Propuso como excepciones las de *inexistencia de la obligación demandada, prescripción, falta de requisito de procedibilidad y buena fe* (ver contestación en las páginas 50 a 58 del expediente digitalizado).

También contestó la demanda LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no existe ningún fundamento jurídico que respalde la pretensión de la demandante, pues no se cumplen los requisitos exigidos en las normas para acceder a la pretensión que reclama, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no asumió las obligaciones laborales

de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO. Sobre los hechos que fundamenta la acción informó que revisó el Sistema Interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales y pudo constatar que el demandante no se encuentra afiliado a ninguno de los dos regímenes pensionales, lo que imposibilita reconocer bono pensional en favor del demandante por los tiempos laborados para la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, como se reclama en las pretensiones subsidiarias de la demanda. Advirtió que, en el evento en que se llegue a establecer que la prestación a reconocer es una indemnización sustitutiva, no resultaría viable el reconocimiento de un bono pensional ni una cuota parte pensional, por cuanto este beneficio no se financia a través de dichos mecanismos. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no actúa como administradora de pensiones, falta de legitimación en la causa por pasiva, la Nación no debe ser citada a estos tipos de procesos, improcedencia de emisión y redención de un bono pensional, incumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión sanción, prescripción y la excepción genérica* (ver contestación en las páginas 59 a 68 del expediente digitalizado).

Vinculada también la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de legitimación. Afirma que los emolumentos que el demandante reclama no se encuentran a cargo de esta Cartera Ministerial. Propuso como excepciones de mérito las de *falta de legitimación en la causa por pasiva, asunción de derechos pensionales, inexistencia de la relación laboral, prescripción, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no cumple con los requisitos para ser llamado a juicio, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación* (ver contestación en las páginas 95 a 105 del expediente digitalizado).

Terminó la primera instancia con sentencia de 1° de marzo de 2021, a través de la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a pagar una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del

demandante, en virtud de los tiempos de servicio que prestó para la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor HEBERTO OLIVARES REQUENA y la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO existió una relación laboral, regida por un contrato de trabajo ejecutado entre el 11 de mayo de 1973 y el 22 de diciembre de 1983, para un total de 10 años, 7 meses y 7 días laborados continuos; relación que terminó de manera unilateral y con justa causa, por las consideraciones de la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada UGPP a reconocer al señor HEBERTO OLIVARES REQUENA la correspondiente indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por el tiempo laborado al servicio de la caja agraria desde el 11 de mayo de 1973 hasta el 22 de diciembre de 1983, para la cual debe ser liquidada aplicando para el efecto la disposición contenida en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 modificado por el Decreto 4640 de 2005, hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatoria de las normas del Sistema General de Pensiones, teniendo como factores salariales para la aplicación de la fórmula ya establecida los señalados en el Decreto 1158 de 1994 es traído de la certificación de tiempo elaborado formularios CLEPB visto a folio 18 a 41 del expediente los que deberán ser debidamente indexados. TERCERO costas a cargo de la UGPP, tásese por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. CUARTO de ser apelado o no la presente providencia remítase al tribunal superior de Bogotá para sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta pues la misma fue adversa a los intereses de la UGPP entidad y Sistema de Pensiones el cual es garante la nación, la presente decisión queda legalmente notificada en estrados a las partes, en este estado de la diligencia se les concede el uso de la palabra para que manifiesten lo que a bien tengan sobre la anterior decisión o propongan los recursos que consideren respecto de la misma, tiene la palabra parte demandante”* (audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 4:39).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que el demandante no cumple los requisitos establecidos en la Ley 171 de 1961 para acceder al derecho pensional, pues su vinculación en la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO terminó por decisión unilateral del empleador con justa causa. Además, estimó improcedente el reconocimiento del cálculo actuarial o bono pensional por los tiempos laborados por el demandante para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, pues estos mecanismos sirven para el financiamiento de los derechos pensionales a cargo del Sistema General de Pensiones y el actor no se encuentra afiliado a ninguno de los dos regímenes pensionales. No obstante, estimó que el demandante sí cumple los requisitos que dan acceso a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues el demandante no reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y dicha prestación se encuentra a cargo de la UGPP, pues es la entidad que tiene la carga pensional de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de la parte demandante y de la UGPP.

El apoderado de la parte demandante pide que se revoque el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en cuanto concluyó que la vinculación laboral del demandante terminó con justa causa, a fin de que se acceda a la pretensión principal y se reconozca a su favor la pensión establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961. Afirma que la base del despido fueron los hechos ocurridos el 14 de agosto de 1983 por desaparición de la suma de \$2.143.894 del cofre y del revólver de dotación oficial, pese a que el actor fue absuelto de responsabilidad penal por dichos hechos cuando demostró su inocencia y a que de la investigación que adelantó la entidad se observa que los hechos no fueron imputables al demandante. Por ello se debe tener que el

trabajador fue despedido sin justa causa (audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 8:10)¹.

¹ *“Muchas gracias señor juez eh... frente a la decisión, frente al numeral primero de la decisión señor juez proponemos el recurso de apelación el cual procedo a sustentar de la siguiente manera señor juez con su permiso. señor juez de la decisión que se acaba de escuchar el juzgado dio por probado un hecho sin estarlo ¿cuál es el hecho? que se despidió sin justa causa por eso le pido a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que el problema jurídico que se subsume de la decisión es el siguiente, se despidió o no con justa causa al señor demandante HEBERTO OLIVEROS por efectos de unas medidas que según el juzgado se determinaron en unos descargos que profirió la CAJA AGRARIA en su oportunidad, entonces honorables magistrados ¿qué pasa o que es lo que está sustentando en estos momentos el juzgado? Que se le está juzgando dos veces, primero por unos hechos y a través de los cuales eh... fue exonerado finalmente la base del despido fueron los hechos ocurridos el 14 de agosto de 1983 y hoy de manera injusta el despacho dice que por el reglamento de trabajo te se tenía esa facultad sin primero determinar qué fue lo que dijeron unas sentencias de orden penal, entonces señor juez honorables magistrados, tal como se acaba de referir el litigio o la petición principal que originó el presente litigio se orienta a que se reconozca la pensión sanción establecida en el artículo 8° de la ley 171 del 71 que a su tenor literal reza el trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital o no inferior a ochocientos mil pesos (800.000) después de haber laborado para la misma o para su sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido y si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad o desde la fecha que cumpla esa edad con posterioridad al despido, también el Decreto 1848 del año 69 prevé en su artículo 74 Honorables Magistrados pensión en caso de despido injusto, el empleado oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado más 10 años y menos de 15 continuos o discontinuos en una o varias entidades, establecimientos públicos, empresas del estado o sociedades de economía mixtas de carácter nacional tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, resalto si para entonces tiene 60 años o desde la fecha en que cumpla esa edad posterioridad al despido, por otro lado el artículo 37 de la ley 50 del 90 frente a los trabajadores oficiales no derogó ni modificó la pensión restringida establecida en el artículo 8 de la ley 171 del 61 por lo que dicha prestación conservó su vigencia para esos trabajadores hasta el momento en el cual entro en vigencia la ley 100 del 93 en sentencia del 5 de febrero del 2009 radicado 35251 expresó la Sala Laboral, ahora bien bajo esta órbita empieza la sala por advertir que el artículo 8 de la ley 171 del 61 consagró tanto para trabajadores oficiales como particulares la pensión proporcional de jubilación en las modalidades de pensión sanción para cuando estos pueden despedir o sin justa causa por más de diez (10) años de servicio y menos de veinte (20) continuos o discontinuos y la pensión restringida cuando se retirara voluntariamente con más de quince (15) años y menos de veinte (20) de servicio, es decir, que el género es la pensión proporcional de jubilación y las especies la pensión sanción y la pensión restringida, dicha normatividad fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la ley 50 del 90 y en ello tiene razón la censura en el sentido en que se mantuvo para los trabajadores oficiales hasta la entrada en vigencia del artículo ciento treinta y tres (133) de la ley 100 del 93 que nuevamente se refirió a ambos trabajadores particular y oficial ocupándose únicamente de la pensión sanción para los no afiliados al sistema general de pensiones por omisión del trabajador quien sin justa causa fueren despedidos con diez (10) años o más de servicios. Honorables magistrados de las pruebas aportadas con la demanda quedó probado que el demandante ciertamente se vinculó contrato a término indefinido en su calidad de trabajador oficial al servicio de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO desempeñándose en el cargo de Secretario de la oficina de Sucre por el término de 10 años, 7 meses y 11 días tal como está establecido a folio 22 de la demanda en donde aparecen certificado laboral expedido por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL Coordinación del Grupo de Gestión de entidades liquidadas, de la misma manera de la hoja de vida llegada por la demandada se observa folio 185 que el demandante fue apartado del cargo y esto es lo*

más importante honorables magistrados el 16 de septiembre de 1983 y su contrato terminado alegando una justa causa re repito por los hechos ocurridos el 14 de agosto de 1983 cuando se encontraba encargado de la agencia de la CAJA AGRARIA majagual sucre esto es la perdida de una suma dos millones ciento cuarenta y tres mil ochocientos noventa y cuatro (2'143.894) y revolver Smith West, hechos que lo llevaron a la privación de la libertad eh... de acuerdo a la comunicación de fecha 21 de diciembre de 1983 en el que se dejó plasmado el despido en los siguientes términos, en consideración a que actualmente se adelanta proceso penal por ilícitos cometidos en la entidad encontrándose a usted vinculado le manifiesto que la caja hará uso de la facultad contenida en el literal f. artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 reteniéndole el valor del auxilio de cesantías denunció penal ante el juez promiscuo municipal de majagual sucre por la desaparición de 2.143.894 del cofre como también el revolver de dotación oficial calibre 38 Smith & Wesson numero 554881 contabilizado por un valor de 1000 pesos, la chapuza y 6 proyectiles, le anexo la orden para la práctica del examen médico de retiro el cual debe practicar dentro los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de egreso y el certificado de trabajo respectivo. Como se puede observar Honorables Magistrados de la documental anteriormente referida que ni al que en la que a mi poderdante se le dio por terminado el contrato de trabajo al privársele de la libertad pero el despido del hoy demandante lo fue sin justa causa incluso para la época debía pagar la indemnización por despido hecho que no ocurrió, para este punto luego de a honorables magistrados entrar a estudio de la petición observándose lo expuesto en el artículo 48 hecho que el juzgado omitió de manera abierta y fragante, artículo 48 del Decreto 2127 de 1945 daba la condición de trabajador oficial Honorables Magistrados en ese entonces del señor HEBERTO OLIVEROS REQUEN que las disposición que refiere y esto es importante; son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo sin previo aviso y refiere por parte del patrono en su numeral 7° la detención preventiva del trabajador por más de treinta 30 días a menos Honorables Magistrados repito la detención preventiva del trabajador por más de 30 días a menos que posteriormente sea absuelto u arresto correccional que exceda 8 días o aún por un tiempo menor cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato, ahí cierro el numeral 7. Honorables Magistrados si se observa con detenimiento y haciendo un juicio de valor en derecho no puede ser que con lo que un una carta de despido justificada en un reglamento de trabajo vaya en contra vía de lo que dice en este momento en Decreto 2127 de 1945 y en eso fue eh... y ese es el sustento de del a quo que no tiene por supuesto ninva en contravía gún asidero eh... se le retiro entonces a mí a mí prohijado endilgándole una serie de hechos de los cuales no fue responsable es decir, se le condenó inicialmente por la entidad de la CAJA AGRARIA y hoy también se le condena y por esos mismo hechos por el juzgado que hoy está resolviendo la petición en primera instancia, por unos hechos del 14 de agosto del 93. No obstante mi procurado demostró su inocencia tal como lo señaló el juez promiscuo del circuito de sucre en sentencia del 4 de mayo del 84 y en la que le juzgado no dijo absolutamente nada que dice el mentado fallo ad folio 357 en la que se precisó y que de bulto sale que le demandante nada tuvo que ver con hechos delictuosos el 14 de agosto del 83, dice el procesado HEBERTO OLIVEROS REQUEN afirma la sustracción de la llave externa del cofre y su ausencia por 2 días fuera del corregimiento donde funciona la caja agraria lo cual no es desmentido en el expediente función que tenía que manjar las llaves del cofre de seguridad por la sola tiene eficacia porque no hay vínculo alguno con los hechos y esto se devino en la sustracción de la llave externa del cofre y a ello se agrega el encargo de la dirección de la caja como la fue el 14 de agosto del 83 y las circunstancias de desempeñar el cargo de secretario por escaso tiempo ya que venía trasladado del municipio de palmitos y se posesionó como tal el 17 de julio del 83 es decir que hacia 27 días había llegado a la agencia de Guaranda como secretario y enseguida se posesionó como director encargado y 2 días después de posesionado tal como tal se produjeron los hechos, circunstancias que favorecen la situación de OLIVEROS REQUEN. La sentencia mediante la cual se profiere el fallo absolutorio resuelve: absolver Alberto Rivera Requena de los cargos formulados a través de este proceso por las razones expuestas en las motivaciones de esta providencia sentencia que fue confirmada por el tribunal superior de Sincelejo Sucre, señor juez con las documentales que obran en la hoja de vida dan cuenta de la trayectoria de mi prohijado fue siempre una persona honesta y cumplió una de sus funciones, además de la investigación de la propia entidad hecho también que no tuvo en cuenta el señor juez de la investigación realizada por el mismo banco se pudo advertir que la

CAJA AGRARIA sucursal Guaranda Sucre venía con malos manejos incluso antes de que se posesionara mi prohijado en la sucursal Guaranda y en la que se puso alerta de las irregularidades al interior de la misma bajo la administración del señor Torres Romero y que sin duda llevaron a la sustracción de los dineros depositados en los mentados documentos concluyo eh... la decisión a folio 293 a 300 tal como se ha hecho notar en el contenido de este informe y sus anexos la irregularidad que nos ocupa ocurrió por la forma como se administró la dependencia donde se permitieron clara normas de seguridad y control a la autorizar y permitir que el cajero señor Tacur Villareal para quien esta delegación solicitó separación del cargo memorando 286 de mayo 26 del 83 fuera reintegrado a sus actividades no obstante de que aún no ha sido ni siquiera definido el proceso disciplinario iniciado mediante confidencial numero 18 de marzo 25 del 83 no menos censurable que el comportamiento o administración que a la dependencia dio al señor Torres Romero puesto que permitió que un candado que por su origen no prestaba confiabilidad alguna sirviera como medida de seguridad para una de las puertas principales de la oficina igualmente su afán de desplazarse con frecuencia a esta ciudad y otras poblaciones de la zona hizo que su administración permitiera algunas situaciones que aprovecharon quienes tenían la intención de apropiarse de los dineros de la entidad, también facilitó la consumación del ilícito inoportuno y no autorizado desplazamiento de la oficina el día 14 de agosto del 83 puesto que le coloco a la dependencia en manos de un empleado que no tenía suficiente experiencia ya que quien tampoco se le advirtió sobre las medidas de seguridad y control que eran prioritario cumplir, otra situación que no supero y ni siquiera se le dio importancia que requería es lo relacionado con la pérdida de los duplicados de las llaves del cofre de caudales lo cual fue observado por la comisión de visita de auditoría y sin embargo ni siquiera participó a la gerencia regional cierro comilla ahí señor juez, entonces excusas honorables magistrados ante el despido injusto y el tiempo de servicio cumpliéndose a cabalidad con los presupuestos sustantivos para que a mi prodigado le sea reconocida la pensión sanción la cual se hace exigir de una vez el ex trabajador cumplió 60 años, esto es, el 25 de octubre de 2007 prestación que ha sido renunciable de conformidad a los artículos 48 y 53 de la Constitución ruego ciertamente al despacho acceder al a-quo al tribunal conceda la pretensión principal decisión además Honorables Magistrados que se sustenta en el radicado 33314 del 26 de enero del 2010 magistrado ponente Camilo Tarquino Galligo y la y de la que el juzgado tampoco hizo caso es más ni la reviso ni fue objeto de censura alguna dice eh... la referida decisión eh... abro comillas "objeta la censura que el tribunal no observó que al proceso se hubiese allegado el auto que declaró la ejecutoria de la sentencia penal en la que se absolvió a la demandante del delito de falsedad y biológica en documento público y que configuró la justa causa de despido por parte de la demandada, sin embargo para la sala no es acertada dicha apreciación puesto que el aquel no solo evaluó la carta de despido sino que claramente expreso que: abro comillas "a folio 72 y vuelva milita copia de la providencia emitida por el señor juez cuarto (4) penal del circuito de barranquilla y constancia ejecutoria del secretario del citado juzgado de la que se colige de la sentencia que absolvió a la demandante se haya debidamente ejecutoriada por haberse declarado de cierto recurso de apelación constancia que en efecto se llevó al proceso a folios 42 67 que da cuenta de la sentencia penal absolutoria para la demandante prueba que decididamente indica que hubo absolución para la demandante certificada su autenticidad por el secretario del juzgado cuarto penal del circuito providencia sobre cuya ejecutoria no puede dudarse, de otro lado el artículo ciento 122 del reglamento interno del trabajo consideró que el despido es justo por: la detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días a menos que posteriormente sea absuelto lo que significa que si la trabajadora fue absuelta como aquí ocurrió es claro que el despido se tornó injusto lo cual lo decidió el tribunal, vale agregar que en los términos del inciso primero 1° del artículo 187 del código de procedimiento penal las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas sino se han interpuesto los recursos legalmente procedentes precepto este que aplicado al asunto de marras cumple su cometido si se tiene en cuenta que según el informe de la secretaria del juzgado tercero (3) penal circuito contra la sentencia en el ministerio publico interpuso recurso de apelación eh... por no lo sustento luego del impedimento de la titular de ese despacho, el juzgado cuarto (4) de la misma categoría declaro desierto el aludido recurso de apelación por lo que debe entenderse que el fall de marros quedo ejecutoriado como lo dejo expresamente dicho el secretario de este último juzgados en constancia del 26 de junio de 2003, más adelante la misma sentencia refiere frente a la indemnización moratoria que según la recurrente no debe accederse por

En el recurso de la UGPP su apoderada pide que se revoque el fallo de primera instancia que la condenó a pagar a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y se le absuelva de todas las pretensiones incoadas. Afirma que no encontró información relacionada con el expediente pensional del aquí demandante e insistió en que no hay fundamento legal para que se le obligue al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues el pago de la prestación se encuentra a cargo de COLPENSIONES, quien debe adelantar el trámite respectivo ante la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA (audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 31:57)².

buena fe de la parte demandada centrada en el pago de las prestaciones sociales al momento del retiro de la trabajadora precisa decirse que la caja debió tener en cuenta que al despedirla alegando justa causa corría el riesgo de que se proferiera sentencia absolutoria lo cual aconteció por lo que por lo que le corresponde afrontar el pago no solo de la indemnización por despido sin justa causa sino también de la indemnización moratoria por el retardo en la cancelación de aquella como asertivamente lo señalo el tribunal, esto hechos esa sentencia eh... además de lo dicho por la misma Corporación en sentencia de radicación 7655 de 5 de julio del 82 magistrado ponente José Eduardo Geneco Correa eh... honorable eh... tribunal pues dan cuenta de que aquí de manera precipitada eh... a quo fallo sin tener en cuenta las decisiones que acá le acabe de nombrar pero además de manera grave que está juzgándolo dos veces porque se le investigó en su oportunidad y fue declarado absuelto y hoy con base a esas mismas situaciones facticos pretende reconocer ese hecho a fin de negar la pensión sanción, en consecuencia honorables magistrados solicito de manera atenta sea revocado su integridad ese numeral primero (1) para en su defecto conceder la pretensión principal de la petición sanción eh... muchas gracias señor juez en estos términos dejo sustentado el recurso de apelación al honorable tribunal”.

² *“Muchas gracias su señoría y dentro se la oportunidad procesal pertinente me permito de manera detallada interponer el recurso de apelación contra la sentencia proferida y respecto a la condena que se profiere en contra de la UGPP toda vez que desde el 30 del mes de enero del año 2020 señor juez cuando esta unidad fue requerida se manifestó que revisado los registros de los sistemas de información con los que cuenta la subdirección de gestión documental de las trasferencias documentales efectuadas por el fondo de la caja agraria se evidenció que la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES no encuentra información relacionada con el expediente pensional correspondiente del señor HEBERTO OLIVEROS REQUEN identificado con cedula 8.295.108 motivo por el cual honorables magistrados la UGPP desconoce si los datos consignados y a los que se hace referencia dentro del presente litigio hacen o no parte integral de un expediente pensional bien sea como sustituto o como beneficiario adicionalmente honorables magistrados debo hacer hincapié en la imposibilidad tanto física como jurídica que de manera reiteradas se ha manifestado tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión en primera instancia para que la UGPP como sucesora de esa función eh... pensional de la extinta CAJANAL proceda con el reconocimiento en este caso particular de la condena que se profiere en su contra, toda vez que dicho trámite es claro que debe adelantarlo o no la UGPP sino lo debe adelantar COLPENSIONES ante la oficina de los bonos pensionales del ministerio de hacienda siendo esta ultima la entidad eh... a cuyo cargo queda la gestión de dicho trámite, en ese orden de ideas su señoría y honorables magistrados eh... teniendo en cuenta que primero que todo hay una imposibilidad física y jurídica de la UGPP para efectuar cualquier tipo de conocimiento además de que no es dicha entidad la que tendría que hacerlo eventualmente ante una confirmación de la condena proferida por el ad-quo, pues solicito*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que el demandante prestó sus servicios a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO entre el 11 de mayo de 1973 y el 22 de diciembre de 1983, hecho que se encuentra acreditado con el Certificado emitido por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, y con la documentación contenida en el expediente administrativo aportado por la misma entidad (ver páginas 24 y 140 a 541 del expediente digitalizado).

Por razones de método se estudiará primero el recurso propuesto por la parte demandante, esto es, el reconocimiento de las pretensiones principales de la demanda encaminadas al reconocimiento de una pensión sanción, y de ser improcedentes, se estudiará el recurso propuesto por la UGPP sobre la procedencia del reconocimiento de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que corresponde por los tiempos laborados por el demandante para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO.

- PENSION SANCION. En el caso bajo estudio el actor pretende que se declare que la vinculación laboral con la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO terminó por despido del trabajador sin justa causa y se reconozcan a su favor la pensión sanción que regula el artículo 8° de la Ley 171 de 1961.

La normatividad referida dispone el reconocimiento de pensión sanción cuando se presenta alguna de las siguientes *condiciones*: (i) la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, si para el momento en que dicha condición ocurre, se han prestado servicios por más de 10 años o menos

honorables magistrados y de manera respetuosa se revoque lo que refiere a la condena impuesta a la unidad de gestión de parafiscales y eh... se absuelva de toda condena a mi representada, muchas gracias señor juez y honorables magistrados”.

de 15 años; o (ii) la terminación del contrato de trabajo por retiro voluntario o mutuo acuerdo, si para el momento en que una de dichas condiciones ocurre, se han prestado servicios por más de 15 años.

La edad en este tipo de pensiones es el plazo, o término, que las normas disponen para el pago de la primera mesada y no una *condición* de acceso al derecho.

En el caso bajo estudio y contrario a lo referido por el apoderado de la parte demandante en el recurso de apelación, se demostró que la vinculación laboral del trabajador en la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO terminó el 22 de diciembre de 1983, por decisión unilateral y con justa causa del empleador, fecha para la cual había completado 10 años, 7 meses y 11 días de servicios. Este hecho se acredita con la comunicación de terminación del contrato de trabajo que data de 21 de diciembre de 1983, aportada por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL con el expediente administrativo (ver página 342 del expediente digitalizado), en la cual la entidad expuso que la decisión de terminar unilateralmente el contrato con justa causa a partir del 23 de diciembre de 1983 fue el resultado obtenido del procedimiento de formulación de cargos que adelantó por las conductas descritas en las causales 4 y 8 del artículo 69, 1° del artículo 73 y artículo 79 del Reglamento Interno de Trabajo.

Cabe advertir que han transcurrido casi 38 años desde que tuvo lugar la terminación de la relación laboral el 22 de diciembre de 1983, por lo que se encuentra prescrita la acción para controvertir las conductas aducidas en la carta de despido como justa causa, según lo disponen los artículos 488 del CST y 151 del CPT y ss. Si se consideraba injusto el despido el trabajador debió controvertir dicha decisión cuando terminó la vinculación, o a lo sumo, cuando fue absuelto de responsabilidad penal por los hechos que motivaron la terminación de su contrato, hecho que ocurrió según se afirma en el mismo recurso hace más de 18 años, en el año 2003.

De todas formas, y ante cualquier interpretación contraria, se debe señalar que la motivación de la entidad para dar por terminado el contrato no se fundamentó únicamente en el proceso penal que adelantó por los hechos ocurridos el 14 de agosto de 1983, sino en la omisiones en las que incurrió el trabajador (perder la custodia de las llaves del cofre y no identificar ni denunciar la pérdida de dicha llave de forma oportuna), lo que tuvo como consecuencia la pérdida de \$2.143.894 y un revolver de dotación oficial. Por ello, la absolución de responsabilidad penal no desvirtúa que la terminación del contrato de trabajador ocurrió con justa causa.

Se confirmará entonces la decisión de primera instancia que absolvió a las demandadas del reconocimiento de la pensión sanción que dispuso la Ley 171 de 1961, pues no se demostraron cumplidos los requisitos que exigen las normas para causar el derecho pensional, específicamente la terminación unilateral del contrato de trabajo por despido sin justa causa, pues el actor contaba para ese momento 10 años, 7 meses y 11 días de servicios.

- INDEMNIZACIONN SUSTITUTIVA. Para resolver sobre esta materia de la controversia, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 dispone que *“las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”*.

En el caso presente no se efectuaron aportes por los tiempos laborados en la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO a alguna Caja de Previsión Social. De los formularios CLEPB que se aportaron al plenario se evidencia además que la entidad responsable los periodos reclamados en la demandan es la Nación.

Esta última entidad informa a través del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO que el actor no se encuentra afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES, ni al RAIS administrado por los fondos privados, de lo cual resultaría inviable el uso de alguno de los mecanismos contemplados en el Sistema General de Pensiones para financiar derechos pensionales (bono pensional, cuota parte o cálculo actuarial). Sin embargo y dado que no se pueden desconocer los derechos pensionales que se derivan de los tiempos servidos por el demandante en la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, el Tribunal estima procedente aplicar la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al caso particular del demandante. Según ella, la norma que establece el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se hace extensiva a los empleadores que tenían a su cargo el pago de la pensión, pues en virtud del derecho a la igualdad, y al margen de que el trabajador estuviera o no afiliado al ISS o a alguna Caja de Previsión Social, el empleador o quien haga sus veces es quien *“mantiene la responsabilidad de asunción de reconocimiento y pago de la indemnización”* (ver la Sentencia T-164-2017, entre otras).

Con fundamento en lo dicho, se confirmará también en este punto la decisión apelada que ordenó el pago de indemnización sustitutiva en favor de HEBERTO OLIVARES REQUEN³, pues acreditó: i) haber trabajado en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 11 de mayo de 1973 y el 22 de diciembre de 1983 (10 años, 7 meses y 11 días de servicios) que no le dan acceso a la pensión restringida de jubilación establecida en la Ley 171 de 1961 –como ya se dijo- ni a la pensión de vejez establecida en la Ley 33 de 1981 (que exige 20 años de tiempos de servicio en el sector público); ii) actualmente tiene 74 años de edad (conforme la fecha de nacimiento que se reporta en el formulario CLEPB obrante en la página 31 del expediente digitalizado); y iii) según lo declarado por el demandante en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso no se afilió a ningún régimen o administradora del Sistema General de Pensiones, ni volvió a trabajar con posterioridad a la vinculación

³ Con lo cual se recoge cualquier criterio contrario que hubiera expresado en el pasado sobre la materia.

laboral que tuvo en la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO (audiencia virtual No 1, minuto 23:21).

El reconocimiento de dicha prestación se encuentra a cargo de la UGPP, pues en virtud del Decreto 1842 de 2013, se le asignó la competencia de la función pensional de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO.

El Tribunal efectuó las operaciones pertinentes para definir el valor de la indemnización que se causó en favor del demandante, y con base en ello se modificará la decisión de primera instancia que se abstuvo de concretar la condena.

Para este efecto se utilizó la fórmula que describe el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 para tasar el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993. Dice la norma “se aplicará la siguiente fórmula: $I = SBC \times SC \times PPC$. Dónde: **SBC**: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. **SC**: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. **PPC**: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”.

En relación con la última variable y teniendo en cuenta que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 las administradoras no manejaban separadamente las cotizaciones de riesgos de vejez, invalidez y muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, la misma norma establece que se tomará el 45.45% del total de la cotización efectuada (5% a tenor de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 4 de 1966, porcentaje de cotización que se tomará

teniendo en cuenta que en el proceso no se demostró que el empleador hubiese efectuado descuentos con base en un porcentaje mayor).

Bajo estos criterios y tomando los salarios certificados en el formato CLEPB No 3B emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (páginas 35 a 39 del expediente digitalizado, documental aportada por la parte demandante) la Sala obtiene los siguientes valores: i) SBC: \$305.312,57 ii) SC: 553,8571 semanas (folio 13), y iii) PPC: 2.2725% (por tratarse de tiempos servidos antes del 1 de abril de 1994 para obtener este porcentaje se aplicó el 45.45% sobre la tasa de aporte del 5%). El valor final de la indemnización sustitutiva asciende a \$3.842.787 para la fecha en la que se emite esta sentencia.

OPERACIONES ARITMETICAS

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1973	Mayo	21	\$ 687	0,16	105,48	659,2500	\$ 452.905	\$ 9.511.000
1973	Junio	30	\$ 1.030	0,16	105,48	659,2500	\$ 679.028	\$ 20.370.825
1973	Julio	31	\$ 1.030	0,16	105,48	659,2500	\$ 679.028	\$ 21.049.853
1973	Agosto	31	\$ 1.030	0,16	105,48	659,2500	\$ 679.028	\$ 21.049.853
1973	Septiembre	30	\$ 1.030	0,16	105,48	659,2500	\$ 679.028	\$ 20.370.825
1973	Octubre	31	\$ 1.030	0,16	105,48	659,2500	\$ 679.028	\$ 21.049.853
1973	Noviembre	30	\$ 1.030	0,16	105,48	659,2500	\$ 679.028	\$ 20.370.825
1973	Diciembre	31	\$ 1.030	0,16	105,48	659,2500	\$ 679.028	\$ 21.049.853
1974	Enero	31	\$ 1.030	0,19	105,48	555,1579	\$ 571.813	\$ 17.726.192
1974	Febrero	28	\$ 1.030	0,19	105,48	555,1579	\$ 571.813	\$ 16.010.754
1974	Marzo	31	\$ 1.236	0,19	105,48	555,1579	\$ 686.175	\$ 21.271.430
1974	Abril	30	\$ 1.517	0,19	105,48	555,1579	\$ 842.175	\$ 25.265.236
1974	Mayo	31	\$ 1.517	0,19	105,48	555,1579	\$ 842.175	\$ 26.107.410
1974	Junio	30	\$ 1.517	0,19	105,48	555,1579	\$ 842.175	\$ 25.265.236
1974	Julio	31	\$ 1.517	0,19	105,48	555,1579	\$ 842.175	\$ 26.107.410
1974	Agosto	31	\$ 1.517	0,19	105,48	555,1579	\$ 842.175	\$ 26.107.410
1974	Septiembre	30	\$ 1.517	0,19	105,48	555,1579	\$ 842.175	\$ 25.265.236
1974	Octubre	31	\$ 1.517	0,19	105,48	555,1579	\$ 842.175	\$ 26.107.410
1974	Noviembre	30	\$ 1.517	0,19	105,48	555,1579	\$ 842.175	\$ 25.265.236
1974	Diciembre	31	\$ 1.517	0,19	105,48	555,1579	\$ 842.175	\$ 26.107.410
1975	Enero	31	\$ 1.517	0,25	105,48	421,9200	\$ 640.053	\$ 19.841.632
1975	Febrero	28	\$ 1.617	0,25	105,48	421,9200	\$ 682.245	\$ 19.102.850
1975	Marzo	31	\$ 1.791	0,25	105,48	421,9200	\$ 755.659	\$ 23.425.420
1975	Abril	30	\$ 1.791	0,25	105,48	421,9200	\$ 755.659	\$ 22.669.762
1975	Mayo	31	\$ 1.791	0,25	105,48	421,9200	\$ 755.659	\$ 23.425.420
1975	Junio	30	\$ 2.658	0,25	105,48	421,9200	\$ 1.121.463	\$ 33.643.901
1975	Julio	31	\$ 2.658	0,25	105,48	421,9200	\$ 1.121.463	\$ 34.765.364
1975	Agosto	31	\$ 2.658	0,25	105,48	421,9200	\$ 1.121.463	\$ 34.765.364
1975	Septiembre	30	\$ 2.658	0,25	105,48	421,9200	\$ 1.121.463	\$ 33.643.901
1975	Octubre	31	\$ 2.658	0,25	105,48	421,9200	\$ 1.121.463	\$ 34.765.364
1975	Noviembre	30	\$ 2.658	0,25	105,48	421,9200	\$ 1.121.463	\$ 33.643.901

1975	Diciembre	31	\$ 2.658	0,25	105,48	421,9200	\$ 1.121.463	\$ 34.765.364
1976	Enero	31	\$ 2.658	0,29	105,48	363,7241	\$ 966.779	\$ 29.970.142
1976	Febrero	29	\$ 2.658	0,29	105,48	363,7241	\$ 966.779	\$ 28.036.584
1976	Marzo	31	\$ 3.258	0,29	105,48	363,7241	\$ 1.185.013	\$ 36.735.410
1976	Abril	30	\$ 3.258	0,29	105,48	363,7241	\$ 1.185.013	\$ 35.550.397
1976	Mayo	31	\$ 3.411	0,29	105,48	363,7241	\$ 1.240.663	\$ 38.460.554
1976	Junio	30	\$ 3.487	0,29	105,48	363,7241	\$ 1.268.306	\$ 38.049.182
1976	Julio	31	\$ 3.487	0,29	105,48	363,7241	\$ 1.268.306	\$ 39.317.488
1976	Agosto	31	\$ 3.487	0,29	105,48	363,7241	\$ 1.268.306	\$ 39.317.488
1976	Septiembre	30	\$ 3.487	0,29	105,48	363,7241	\$ 1.268.306	\$ 38.049.182
1976	Octubre	31	\$ 3.487	0,29	105,48	363,7241	\$ 1.268.306	\$ 39.317.488
1976	Noviembre	30	\$ 3.487	0,29	105,48	363,7241	\$ 1.268.306	\$ 38.049.182
1976	Diciembre	31	\$ 3.487	0,29	105,48	363,7241	\$ 1.268.306	\$ 39.317.488
1977	Enero	31	\$ 3.487	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.021.691	\$ 31.672.421
1977	Febrero	28	\$ 3.487	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.021.691	\$ 28.607.348
1977	Marzo	31	\$ 4.533	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.328.169	\$ 41.173.239
1977	Abril	30	\$ 4.533	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.328.169	\$ 39.845.070
1977	Mayo	31	\$ 4.559	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.335.787	\$ 41.409.397
1977	Junio	30	\$ 4.574	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.340.182	\$ 40.205.460
1977	Julio	31	\$ 4.574	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.340.182	\$ 41.545.642
1977	Agosto	31	\$ 4.574	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.340.182	\$ 41.545.642
1977	Septiembre	30	\$ 4.574	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.340.182	\$ 40.205.460
1977	Octubre	31	\$ 4.574	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.340.182	\$ 41.545.642
1977	Noviembre	30	\$ 4.574	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.340.182	\$ 40.205.460
1977	Diciembre	31	\$ 4.574	0,36	105,48	293,0000	\$ 1.340.182	\$ 41.545.642
1978	Enero	31	\$ 4.574	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.026.522	\$ 31.822.194
1978	Febrero	28	\$ 4.574	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.026.522	\$ 28.742.627
1978	Marzo	31	\$ 6.022	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.351.491	\$ 41.896.207
1978	Abril	30	\$ 6.022	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.351.491	\$ 40.544.717
1978	Mayo	31	\$ 6.091	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.366.976	\$ 42.376.253
1978	Junio	30	\$ 6.131	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.375.953	\$ 41.278.588
1978	Julio	31	\$ 6.131	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.375.953	\$ 42.654.541
1978	Agosto	31	\$ 6.131	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.375.953	\$ 42.654.541
1978	Septiembre	30	\$ 6.131	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.375.953	\$ 41.278.588
1978	Octubre	31	\$ 6.131	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.375.953	\$ 42.654.541
1978	Noviembre	30	\$ 6.131	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.375.953	\$ 41.278.588
1978	Diciembre	31	\$ 6.131	0,47	105,48	224,4255	\$ 1.375.953	\$ 42.654.541
1979	Enero	31	\$ 6.131	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.154.818	\$ 35.799.347
1979	Febrero	28	\$ 6.131	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.154.818	\$ 32.334.894
1979	Marzo	31	\$ 7.941	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.495.744	\$ 46.368.066
1979	Abril	30	\$ 7.941	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.495.744	\$ 44.872.322
1979	Mayo	31	\$ 8.030	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.512.508	\$ 46.887.744
1979	Junio	30	\$ 8.082	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.522.302	\$ 45.669.073
1979	Julio	31	\$ 8.082	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.522.302	\$ 47.191.375
1979	Agosto	31	\$ 8.082	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.522.302	\$ 47.191.375
1979	Septiembre	30	\$ 8.082	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.522.302	\$ 45.669.073
1979	Octubre	31	\$ 8.082	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.522.302	\$ 47.191.375
1979	Noviembre	30	\$ 8.082	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.522.302	\$ 45.669.073
1979	Diciembre	31	\$ 8.082	0,56	105,48	188,3571	\$ 1.522.302	\$ 47.191.375
1980	Enero	31	\$ 8.082	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.184.013	\$ 36.704.403
1980	Febrero	29	\$ 8.082	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.184.013	\$ 34.336.377
1980	Marzo	31	\$ 10.469	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.533.709	\$ 47.544.964
1980	Abril	30	\$ 10.469	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.533.709	\$ 46.011.255
1980	Mayo	31	\$ 10.527	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.542.206	\$ 47.808.371
1980	Junio	30	\$ 10.550	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.545.575	\$ 46.367.250
1980	Julio	31	\$ 10.550	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.545.575	\$ 47.912.825
1980	Agosto	31	\$ 10.550	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.545.575	\$ 47.912.825
1980	Septiembre	30	\$ 10.550	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.545.575	\$ 46.367.250

1980	Octubre	31	\$ 10.550	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.545.575	\$ 47.912.825
1980	Noviembre	30	\$ 10.550	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.545.575	\$ 46.367.250
1980	Diciembre	31	\$ 10.550	0,72	105,48	146,5000	\$ 1.545.575	\$ 47.912.825
1981	Enero	31	\$ 10.550	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.236.460	\$ 38.330.260
1981	Febrero	28	\$ 10.550	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.236.460	\$ 34.620.880
1981	Marzo	31	\$ 13.728	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.608.922	\$ 49.876.570
1981	Abril	30	\$ 13.728	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.608.922	\$ 48.267.648
1981	Mayo	31	\$ 13.878	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.626.502	\$ 50.421.550
1981	Junio	30	\$ 13.965	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.636.698	\$ 49.100.940
1981	Julio	31	\$ 13.965	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.636.698	\$ 50.737.638
1981	Agosto	31	\$ 13.965	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.636.698	\$ 50.737.638
1981	Septiembre	30	\$ 14.126	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.655.567	\$ 49.667.016
1981	Octubre	31	\$ 14.287	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.674.436	\$ 51.907.528
1981	Noviembre	30	\$ 14.287	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.674.436	\$ 50.233.092
1981	Diciembre	31	\$ 14.287	0,90	105,48	117,2000	\$ 1.674.436	\$ 51.907.528
1982	Enero	31	\$ 14.287	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.345.529	\$ 41.711.407
1982	Febrero	28	\$ 14.287	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.345.529	\$ 37.674.819
1982	Marzo	31	\$ 18.438	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.736.465	\$ 53.830.400
1982	Abril	30	\$ 18.438	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.736.465	\$ 52.093.935
1982	Mayo	31	\$ 18.636	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.755.112	\$ 54.408.468
1982	Junio	30	\$ 18.750	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.765.848	\$ 52.975.446
1982	Julio	31	\$ 18.750	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.765.848	\$ 54.741.295
1982	Agosto	31	\$ 18.750	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.765.848	\$ 54.741.295
1982	Septiembre	30	\$ 18.750	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.765.848	\$ 52.975.446
1982	Octubre	31	\$ 18.750	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.765.848	\$ 54.741.295
1982	Noviembre	30	\$ 18.750	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.765.848	\$ 52.975.446
1982	Diciembre	31	\$ 18.750	1,12	105,48	94,1786	\$ 1.765.848	\$ 54.741.295
1983	Enero	31	\$ 18.750	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.402.660	\$ 43.482.447
1983	Febrero	28	\$ 18.750	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.402.660	\$ 39.274.468
1983	Marzo	31	\$ 24.376	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.823.532	\$ 56.529.500
1983	Abril	30	\$ 24.376	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.823.532	\$ 54.705.968
1983	Mayo	31	\$ 24.505	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.833.183	\$ 56.828.659
1983	Junio	30	\$ 24.579	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.838.718	\$ 55.161.551
1983	Julio	31	\$ 25.176	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.883.379	\$ 58.384.751
1983	Agosto	31	\$ 25.857	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.934.324	\$ 59.964.033
1983	Septiembre	30	\$ 25.857	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.934.324	\$ 58.029.710
1983	Octubre	31	\$ 25.857	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.934.324	\$ 59.964.033
1983	Noviembre	30	\$ 25.857	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.934.324	\$ 58.029.710
1983	Diciembre	21	\$ 15.671	1,41	105,48	74,8085	\$ 1.172.324	\$ 24.618.808

TOTAL SALARIO DEVENGADO: \$5.072.986.416

TOTAL DÍAS LABORADOS: 3877 días = 553,8571 semanas

SALARIO PROMEDIO MENSUAL: \$1.308.482,44 (Total salario / total días)

SALARIO PROMEDIO SEMANAL (($\$1.308.482/30$) * 7): \$305.312,57

El valor referido se debe pagar indexado con base en la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha

de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial vigente para la fecha en que se realizó la presente liquidación, es decir, el vigente en el año 2021.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de 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 SEGUNDO de la sentencia apelada, para disponer el valor concreto que debe reconocer la UGPP por concepto de indemnización sustitutiva en la suma de \$3.842.787, suma que se debe entregar indexada en la forma como se indicó en la parte motiva.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo 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 LUZ MARINA TABOADA PLAZAS CONTRA
OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (HOY SKANDIA
PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre 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, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 23 de agosto de 2021 por la Juez Veintidós (22) 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 por reasumido el poder por la doctora Helena Carolina Peñarredonda Franco, quien se identifica con T.P. 237.248, apoderada principal de la demandante. Así mismo, téngase a la doctora María Alejandra Cortés Gómez, abogada inscrita a Mauricio Pava Lugo S.A.S., quien se identifica con T.P. 328.170, para actuar como apoderada principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en los términos y para los fines del poder y el certificado de existencia y representación legal allegados. Finalmente, 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 apoderada, LUZ MARINA TABOADA PLAZAS presentó demanda contra OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en julio de 1996, así como el ocurrido posteriormente al interior de este último, con fundamento en que se le indujo a error al habersele indicado que podría pensionarse a cualquier edad y con un monto pensional más alto que en el RPM, sin indicar las condiciones específicas para ello, sumado a que el ISS se acabaría por lo que debía trasladarse a un fondo privado. Omitió indicarle las características de cada régimen, los riesgos y desventajas de su afiliación en el RAIS, así como las diferentes modalidades pensionales que ofrecía, ni efectuó una proyección del monto pensional. Situación que se repitió en diciembre de 2012, cuando se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene a PROTECCIÓN S.A. efectuar el traslado de lo ahorrado en su cuenta individual como cotizaciones, *bonos pensionales*, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos y demás valores causados con motivo de su afiliación, sin descuento alguno, así como los gastos de administración debidamente indexados, y pague la diferencia entre el valor de la mesada pensional que le fuera reconocida, en caso de obtener el derecho pensional durante el trámite, frente a la que habría obtenido en el RPM (ver demanda en carpeta 01 folios 59 a 73).

La OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (HOY SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, argumentando que la afiliación se efectuó con una entidad distinta, PENSIONAR S.A., entidad absorbida por fusión con OLD MUTUAL entre 1998 y 1999, y que proporcionó la información y asesoría correspondientes según la normatividad vigente, según lo cual el actor firmó el formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico. Recordó que las condiciones de afiliación se encuentran contenidas en la Ley y no es dable a las partes modificarlas, sin que su ignorancia pueda servir como excusa. Señaló que no es dable desconocer la restricción contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó directamente ni intervino en el momento de 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 y genérica* (ver contestación en carpeta 01 folios 90 a 114).

También contestó la demanda, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que la afiliación efectuada con DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., fue libre de presión o engaños, exenta de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, como se evidencia en el formulario de afiliación y en el formato de validación de asesoría, sin que haya demostrado lo contrario, pues la actora recibió la suficiente ilustración para el traslado, sin que sea dable exigir requisitos o documentales creadas en normas posteriores. Resaltó que la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS

por más de 15 años, como lo fue el traslado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen, sin manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento para el efecto, con base en la variación del monto de su mesada pensional. Agregó que no existe deterioro alguno en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Indicó que no es posible ordenar el traslado de los dineros, pues la entidad no es poseedora de los mismos, en se encuentran en una cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos. Tampoco le es posible devolver los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, pues son utilizados a favor de terceros. La entidad tampoco tiene *sumas adicionales del seguro previsional*, pues éstos se causan cuando los fondos de la cuenta individual de un afiliado es insuficiente para financiar la pensión de invalidez o sobrevivientes, mientras que los pagos a dicho seguro ya no están en poder de PROTECCIÓN, sino de un tercero de buena fe. Se opuso a la condena a completar el valor de la pensión que obtendría la actora en COLPENSIONES, por resultar *ilegal, inconstitucional y excesiva*, pues al afectar directamente el patrimonio de la entidad generaría su insolvencia. Manifestó que la nulidad debió ser alegada dentro del término establecido en el artículo 151 del CPTSS, por lo que actualmente se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe* (ver contestación en carpeta 01 folios 152 a 178).

A su vez, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que la afiliación se efectuó de manera libre de presión o engaños, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, como se evidencia en el formulario de afiliación, sin que haya demostrado lo contrario, pues la actora recibió la suficiente ilustración para el traslado. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Por último, resaltó que la acción de nulidad aducida se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en carpeta 01 folios 242 a 276).

Terminó la primera instancia con sentencia de 23 de agosto de 2021, mediante la cual la Juez Veintidós (22) 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 efectuado por la señora LUZ MARINA TAOBADA (sic) PLAZAS, identificada con C.C. 51.730.806, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 10 de mayo de 1996, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN, fondo al que se encuentra afiliada la demandante, traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la*

obligación de recibirlos debidamente indexados y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia. TERCERO: ORDENAR a SKANDIA y PROTECCIÓN remitan a COLPENSIONES los dineros que recaudó (sic) por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR en costas a COLFONDOS (sic) y PROTECCIÓN, cada una a la suma de 1 SMLMV. SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSÚLTESE, a su favor ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral” (Audiencia virtual del 23 de agosto de 2021 Hora 1:09:31).

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 SKANDIA S.A. no probó haber brindado una buena asesoría sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre e informada, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. Agregó que no se encontró confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte rendido por la actora.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PROTECCIÓN S.A. su apoderada pide que se revoque la decisión, por considerar que se debe valorar el formulario de afiliación y la carta de su validación que se hizo en 2012, pues la entidad cumplió sus deberes consagrados en la Ley 100 de 1993 y en el precedente jurisprudencial. En caso de confirmarse la ineficacia, solicita no se orden a la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y fondo de solidaridad, pues éstos fueron descontados por disposición legal, máxime cuando los mismos surtieron su cometido, como la generación de rendimientos que no serían

reconocidos por nadie, la protección de las aseguradoras previsionales y su depósito en un patrimonio autónomo de garantía de pensión mínima. Lo anterior equivaldría a una condena en perjuicios, los cuales no fueron probados en el plenario. El asumir tales sumas de su propio patrimonio, generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Finalmente, resulta improcedente la condena en costas, pues la entidad no podía realizar un traslado de régimen pensional (Audiencia virtual del 23 de agosto de 2021 Hora 1:12:07).

La apoderada de COLPENSIONES también presentó apelación, en que solicita se revoque la decisión, en cuando considera que no se valoraron debidamente los formularios de afiliación firmados por la demandante, sin que sea dable pedir prueba adicional, máxime cuando se probó la asesoría precontractual en cada uno de los traslados, sumado a los actos de relacionamiento, como las llamadas efectuadas por la actora para verificar cómo iban sus aportes, que dan cuenta de la voluntad de mantenerse en el RAIS. Resaltó que se debe tener en cuenta la prohibición de traslado contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que en interrogatorio de parte se evidenció que la actora recibió toda la información pertinente para su afiliación al RAIS, quien era economista y recibía los extractos *bancarios* y pidió proyección pensional. Pidió no condenar en costas a su representada por no haber sido parte del acto de traslado que se presume ineficaz (Audiencia virtual del 23 de agosto de 2021 Hora 1:19:52).

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 33 años de edad y había cotizado 148,57 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 2 años, 9 meses y 20 días)², y para la fecha de presentación de la demanda estaba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver carpeta 01 folios 26 y 74).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en carpeta 01 folios 29 y 30 y en el expediente administrativo - carpeta 2.

² *Ibidem*.

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

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que se trasladó a SKANDIA cuando trabajaba en el DANE, momento en que la oficina de recursos humanos reunía grupos de 8 a 10 personas para recibir asesoría, en las que les indicaron que el ISS se iba a acabar, por lo que debían afiliarse a ese fondo, que era avalado por el estado, o si no perderían las semanas cotizadas. Adicionalmente el fondo les daría una rentabilidad y una mesada más alta. Su posterior traslado a PROTECCIÓN S.A., se debió a que la oficina de recursos humanos en el DANE les indicó que sería más óptimo para trámites administrativos, sumado a que se trataba de un fondo igualmente avalado por el estado y en el que podría obtener una mesada más alta (Audiencia virtual del 23 de agosto de 2021 Min. 11:31).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia o los posteriores traslados en dicho régimen y que 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”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de PROTECCIÓN S.A. (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 1993⁵, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia, los cuales se deben

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”.*

EXP. 22 2019 00473 01
Luz Marina Taboada Plazas Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
y Otras

devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades extra y ultra petita de las que está investido la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración debidamente indexados por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que dicha entidad puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de 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 PROTECCIÓN S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestaciones en carpeta 01 folios 152 a 178)

COSTAS de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

DECISION

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA PATRICIA ORTIZ PEDROZA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre 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., COLFONDOS S.A. PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 30 de agosto de 2021 por la Juez Veintidós (22) 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 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 Sandra Patricia Vargas Boada, quien se identifica con T.P. 234.818, para actuar 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, MARTHA PATRICIA ORTIZ PEDROZA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., 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* del formulario de afiliación e ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en mayo de 1997 o, en subsidio, se declare ilegal el mismo por no cumplirse el mínimo de permanencia señalado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en que se le indujo a error al no habersele dado información clara, cierta, suficiente y oportuna acerca de las características, ventajas y desventajas de cada régimen, la forma en que se causaría su pensión, el cálculo posible de ésta ni las posibilidades de pensionarse, pues se limitó a indicar que obtendría una mejor pensión y que el ISS se acabaría. Situación que se repitió en noviembre de 2005, cuando se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. Al calcular el valor de la mesada que le correspondería en el RPM, esta resulta muy superior a la que obtendría en el RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, con rendimientos y valor del *bono pensional* (ver demanda en archivo único folios 111 a 169 y 175).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación a dicha entidad se efectuó previa asesoría integral y completa acerca de las implicaciones del traslado de régimen y entre administradoras, las características del régimen y las diferencias con el RPM, ventajas y desventajas de éstos, según las normas

legales vigentes para le época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. Resaltó que la demandante no hizo uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin sea beneficiaria del régimen de transición. Manifestó que la nulidad debió ser alegada dentro del término establecido en el artículo 151 del CPTSS, por lo que actualmente se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento,, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago* (ver contestación en archivo único folios 191 a 203).

También contestó la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran en el plenario pruebas de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, al punto que así lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Por último, resaltó que la acción de nulidad aducida se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de*

seguridad social del orden público e innominada o genérica (ver contestación en archivo único folios 211 a 252).

Mediante auto del 18 de mayo de 2021, se dispuso *integrar a la litis* a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (archivo único folio 253), la cual contestó mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con base en que la afiliación a dicho régimen se efectuó de manera libre y voluntaria, previa asesoría completa y comprensible, acorde a la normatividad vigente, como lo manifestó la actora en el formulario correspondiente, según lo establecido en el Decreto 692 de 1994. Resaltó que el sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes y, por ello, su desconocimiento no es excusa. La accionante nunca presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado. No se advierte pues, causal alguna de ineficacia y, en todo caso, el afiliado se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. La modificación en el monto de la mesada se dio por cambios normativos y en la expectativa de vida, sin que ello implique un vicio en el consentimiento. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de los aportes a otra administradora* (ver contestación en archivo único folios 257 a 275).

Terminó la primera instancia con sentencia de 30 de agosto de 2021, mediante la cual la Juez Veintidós (22) 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 efectuado por la señora MARTHA PATRICIA ORTIZ PEDROZA, identificada con la CC. 40.369.412, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 1º de mayo de 1997, incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS, fondo en el que se encuentra afiliada la actora, traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor (sic), conforme quedó explicado precedentemente. TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR remitan a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo (sic), conforme quedó explicado. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: CONDENAR a las AFP a la suma de 1 SMLMV, a cargo de cada una. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, CONSÚLTESE a su favor”* (Audiencia virtual del 30 de agosto de 2021 Hora 1:26:44).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó haber brindado una buena asesoría sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa.

Agregó que no se encontró confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte rendido por la actora.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. su apoderada pide que se revoque la decisión, por considerar que se probó, con el formulario de afiliación, así como con los actos de relacionamiento, que la intención de la actora fue trasladarse al RAIS previa la debida asesoría, y que tenía la voluntad de permanecer en dicho régimen. Resaltó que el régimen normativo debe aplicarse íntegramente, por lo que la declaratoria de inexistencia no da lugar a trasladar los rendimientos o, en caso tal, los gastos de administración. En todo caso, estos últimos son susceptibles de prescribir, por cuanto no se encaminan a financiar la prestación pensional, máxime cuando otros rubros, como las mesadas pensionales sí son susceptibles de dicha figura jurídica (Audiencia virtual del 30 de agosto de 2021 Hora 1:28:19).

En el recurso de PROTECCIÓN S.A., su apoderada pide que se revoque parcialmente la decisión en cuando a la devolución de cuotas y gastos de administración y seguro previsional, por cuando aquellos surtieron su finalidad de generar rendimientos que dan cuenta de su buena gestión, mientras que los últimos se pagaron en debida forma a un tercero de buena fe, quien proporcionó la cobertura contra los riesgos de invalidez y muerte. No se probó tampoco un perjuicio por parte de dicha entidad que diera lugar a su imposición a título de indemnización. En todo caso, se trata de conceptos susceptibles de prescribir al no destinarse a la financiación de la prestación pensional (Audiencia virtual del 30 de agosto de 2021 Hora 1:32:50).

También apeló COLFONDOS S.A., cuya apoderada pide que se revoque parcialmente la condena a la devolución de pagos de administración debidamente indexados, pues no existe fundamento para su imposición. Resaltó que no sólo se cubrió la demandante ante riesgos de invalidez y muerte al pagar las cuotas de la aseguradora, sino que también se generaron

rendimientos de los aportes, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de todos los afiliados de COLPENSIONES. No es dable perjudicar a la entidad por la negligencia de la demandante. Se deben tener en cuenta las restituciones mutuas (Audiencia virtual del 30 de agosto de 2021 Hora 1:34:57).

El apoderado de COLPENSIONES también presentó apelación, en que solicita se revoque la decisión, en cuando considera que se debe tener en cuenta la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, por encontrarse la demandante a menos de 10 años de la edad pensional, el cual fue creado legalmente para proteger la sostenibilidad financiera del sistema, sin que se justifique su inaplicación en este trámite. Resaltó que el descontento de la actora no es la falta de información, la cual no se probó, sino que la mesada pensional no cumple su expectativa económica, el cual no está contemplado como vicio del consentimiento. Tampoco se tiene en cuenta que dicha entidad está siendo condenada en este tipo de procesos sin que haya podido intervenir en los actos que les dan origen, lo cual vulnera su derecho de defensa y contradicción (Audiencia virtual del 30 de agosto de 2021 Hora 1:38:45).

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 34 años de edad y había laborado por 274,81 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos

¹ Ve certificado de información laboral para el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. e historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo único folios 9 a 14.

de 15 años de servicios (tenía 5 años, 1 mes y 2 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver archivo único folios 7 y 171).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

² *Ibidem*.

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP 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 esa Corporación, el cumplimiento del deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues indicó que su traslado se motivó en que PORVENIR siempre ha trabajado con su empresa empleadora Coomeva y en el momento de la vinculación le indicaron que el ISS estaba en muy mala situación y se acabaría mientras que los fondos privados tenían mejor futuro por las empresas que los respaldaban, y que al pensionarse recibirían lo que habían *ahorrado* mes a mes. Se sintió presionada a firmar el formulario, por encontrarse en proceso de ingreso a trabajar. Los traslados entre fondos los realizó bajo la convicción de que eran la mejor opción para su mesada pensional, especialmente porque siempre había asesores buscando afiliados, así como también en razón de nuevas vinculaciones laborales (Audiencia virtual del 30 de agosto de 2021 Min. 19:18).

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

“*saneamiento*” la permanencia o los posteriores traslados en dicho régimen, y que 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*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella, de PORVENIR S.A. y de PROTECCIÓN S.A. (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) conforme lo ha dicho la Corte pues según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia, los cuales se deben devolver

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*”.

EXP. 22 2019 00728 01
Martha Patricia Ortiz Pedroza Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

“debidamente indexados” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades extra y ultra petita de las que está investida la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración debidamente indexados por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que declaró que podría obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS de segunda instancia a cargo de COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

DECISION

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

RESUELVE

1. **CONFIRMARLA** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES ROSSY
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 PAOLA ANDREA BARONA CONTRA CAPITAL
SALUD EPS Y OPCIÓN TEMPORAL Y CIA S.A.S**

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada CAPITAL SALUD EPS Y OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S., contra la sentencia dictada el 22 de abril de 2021 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la existencia de un contrato realidad entre PAOLA ANDREA BARONA y CAPITAL SALUD EPS que tuvo lugar entre el 15 de junio de 2013 y el 26 de junio de 2019, en el cual la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S fungió como una simple intermediaria, y se DECLARÓ la ineficacia del despido de la demandante por tener fuero circunstancial para el momento en el que se terminó la relación laboral por despido sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, DISPUSO el reintegro de la actora a un cargo de nivel igual, semejante o superior al que al que ocupaba antes de ser despedida, junto con el pago de las prestaciones legales y convencionales dejadas de percibir, y condenó a OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S. a pagar solidariamente las obligaciones laborales impuestas a CAPITAL SALUD EPS-S.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, PAOLA ANDREA BARONA presentó demanda contra CAPITAL SALUD EPS y OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S., para que mediante los trámites de un proceso ordinario SE DECLARE la existencia de un contrato realidad entre la demandante y CAPITAL SALUD EPS-S que inició el 15 de junio de 2013 vinculación que fue encubierta por la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S; que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRACAPITAL y CAPITAL SALUD EPS-S; y que para el momento en el que se terminó la relación laboral sin justa causa (26 de junio de 2019) se encontraba cobijada por la garantía de fuero circunstancial establecida en el Decreto 2351 de 1965. Como consecuencia de lo anterior, pide que se condene a CAPITAL SALUD EPS-S, y de forma solidaria a OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S. a reintegrar a la trabajadora a un cargo con igual o mejores condiciones laborales junto con el pago de los salarios y las prestaciones sociales causados y no percibidos desde la terminación del contrato de trabajo (26 de julio de 2019), o de forma subsidiaria, pide que se ordene el pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del CST y la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST. Adicionalmente, pide en ambos escenarios que se condene a CAPITAL SALUD EPS-S, y de forma solidaria a OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S., al reconocimiento de las prestaciones extralegales reconocidas en la convención colectiva de trabajo (artículos 15 a 19 de la Convención Colectiva de Trabajo) causadas en vigencia de la relación laboral.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que suscribió varios contratos de trabajo por obra o labor determinada con la empresa OPCIÓN TEMPORAL Y CIA S.A.S desde el 15 de junio de 2013, para desempeñarse como trabajadora en misión en la empresa usuaria CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S en el cargo de “*Analista Integral de Servicio al Cliente*”, contratos que fueron terminados cada año para suscribir al día siguiente uno nuevo, sucesivamente hasta el año 2019. Advirtió que en total se suscribieron 6 contratos de trabajo sucesivos y que la prestación personal del servicio a favor de CAPITAL SALUD

EPS-S S.A.S se ejecutó de forma permanente e ininterrumpida, bajo su subordinación y dependencia, trasgrediendo con ello las normas que regulan el trabajo en misión. Aduce que el 26 de junio de 2019 la demandada OPCIÓN TEMPORAL S.A.S decidió dar por terminado su contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa pese a que en ese momento los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados de CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S se encontraban cobijados por la garantía de fuero circunstancial, en virtud del conflicto colectivo que se suscitó entre SINTRACAPITAL y dicha EPS (ver demanda en folios 5 a 26 y subsanación de demanda a folio 84 a 105 del expediente).

Notificada la demanda fue contestada por CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante prestó sus servicios para dicha EPS-S en calidad de trabajadora en misión y el verdadero empleador de la trabajadora fue la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS, quien le suministró personal en virtud de un contrato comercial suscrito entre las partes y bajo el cumplimiento de la normatividad que rige la materia. Por lo anterior, estima que la demandante no era beneficiaria de la convención colectiva ni se podía encontrar cobijada por el fuero circunstancial, y advirtió que el sindicato SINTRACAPITAL no está constituido como un sindicato mayoritario, pues no agremia más de la tercera parte de los trabajadores de CAPITAL SALUD EPS. Propuso como excepción previa la de *falta de reclamación administrativa* y como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia del vínculo laboral entre la demandante y CAPITAL SALUD EPS-S, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, ausencia de buena fe del demandante “venire contra factum proprio” y la genérica* (ver archivo contenido en el CD 1).

También contestó la demanda la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL Y CIA S.A.S., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda con fundamento en que suscribió seis contratos de trabajo por obra o labor determinada con la

aquí demandante, entre el 15 de junio de 2013 y el 26 de junio de 2019, los cuales se ejecutaron por requisición específica de CAPITAL SALUD EPS-S (empresa usuaria), de forma autónoma, independiente y conforme a las reglas establecidas en la ley. Afirma que atendió a cabalidad las obligaciones salariales y prestacionales de la trabajadora, pero de todas formas, estas se encuentran afectadas por el fenómeno jurídico de prescripción, y que los contratos de trabajo finalizaron por el cumplimiento de la obra o labor determinada conforme a la comunicación que emitió la empresa usuaria. Finalmente, advirtió que no tiene ningún control administrativo respecto de CAPITAL SALUD EPS-S, y que se limitó a acatar los requerimientos de dicha sociedad para la prestación de un nuevo servicio por parte de la aquí demandante. Propuso como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación, pago, prescripción y cobro de lo no debido, falta de causa, carencia de acción y la genérica que por no requerir formulación expresa deberá ser declarada de oficio por el Juzgado, medios de defensa que fundamento con lo expresado en el capítulo de hechos y razones de la defensa* (ver archivo contenido en el CD 1).

Terminó la primera instancia con sentencia de 22 de abril de 2021, mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato realidad entre PAOLA ANDREA BARONA y CAPITAL SALUD EPS que tuvo lugar entre el 15 de junio de 2013 y el 26 de junio de 2019, en el cual la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S fungió como una simple intermediaria, y DECLARÓ la ineficacia del despido de la demandante por ser beneficiaria de la garantía foral establecida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 para el momento en el que se terminó la relación laboral de forma unilateral sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, DISPUSO el reintegro de la actora a un cargo de nivel igual, semejante o superior al que al que ocupaba antes de ser despedida, junto con el pago de las prestaciones legales y convencionales dejadas de percibir, y condenó a OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S. a pagar solidariamente las obligaciones laborales impuestas.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante PAOLA ANDREA BARONA y la demandada CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S., existió contrato de trabajo término indefinido ejecutado entre el 15 de junio de 2013 a 26 de junio de 2019. SEGUNDO: DECLARAR ineficaz el despido de la señora PAOLA ANDREA BARONA. TERCERO: CONDENAR a la demandada capital salud EPS-S a reintegrar a PAOLA ANDREA BARONA a un cargo de nivel igual, semejante o superior al que ocupaba antes de ser despedida y en las mismas condiciones laborales junto con los pagos de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales dejadas de percibir debidamente indexada. PARÁGRAFO: se debe tener como salario para el año 2019 la suma de \$1.424.704 pesos. CUARTO: CONDENAR a CAPITAL SALUD EPS S a sufragar los aportes a la seguridad social durante el tiempo que la demandante PAOLA ANDREA BARONA estuvo desvinculada. QUINTO: CONDENAR a la sociedad demandada OPCIÓN TEMPORAL S.A.S a pagar solidariamente las obligaciones laborales impuestas a la demandada capital salud S S.A.S. SEXTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas. SÉPTIMO: costas a cargo de las demandas a favor de la parte demandante”* (audiencia virtual No 2, CD 3, minuto 39:06).

Para tomar su decisión, el juez de primera instancia concluyó que la demandante prestó servicios de manera permanente y en condiciones de subordinación a favor de CAPITAL SALUD EPS-S, y que con la contratación que adelantó la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL S.A. se encubrió la verdadera relación laboral que surgió entre las partes y la necesidad de permanencia de las funciones desempeñadas por la trabajadora en la empresa usuaria. Como consecuencia de lo anterior, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y CAPITAL SALUD EPS-S, advirtiendo que las interrupciones que se presentaron entre los contratos suscritos tuvieron lugar durante espacios de tiempo muy cortos que no son relevantes para desvirtuar la unidad contractual. Además, concluyó que para el momento en que tuvo lugar la terminación de la vinculación laboral de la trabajadora sin justa causa (es decir, el 26 de junio

de 2019) se encontraba vigente un conflicto colectivo que inició el 12 de septiembre de 2016 entre SINTRACAPITAL y CAPITAL SALUD EPS-S, que estaba a la espera de que la Corte Suprema de Justicia resolviera el recurso de anulación que se propuso contra el Laudo Arbitral proferido en el año 2018, y como el sindicato que presentó el pliego de peticiones es mayoritario, la demandante estaba amparada por la garantía de fuero circunstancial. Definió la responsabilidad solidaria de la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL S.A. sobre las obligaciones que se derivan de la declaración de la relación laboral, pues dicha empresa incumplió lo dispuesto en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de las demandadas CAPITAL SALUD EPS-S Y OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S.

La apoderada de OPCIÓN TEMPORAL CIA S.A.S. pide que se revoque la declaración de responsabilidad solidaria. Afirmo que no podía informar que fungía como simple intermediaria en los términos establecidos en el artículo 35 del CST pues nunca simuló una relación laboral y siempre actuó como un verdadero empleador en cumplimiento del contrato que suscribió con CAPITAL SALUD EPS-S para suministrarle personal de apoyo a la empresa usuaria. Además, advirtió que dicha empresa no le informó que estuviese inmersa en una negociación colectiva, pero de todas formas, la demandante no hizo parte de la organización sindical pues no hacía parte del personal de planta. Afirmo que la finalización de la vinculación laboral fue por causa legal pues tuvo como fundamento la información emitida por la empresa usuaria de no requerir más el servicio de la trabajadora en misión (audiencia virtual No 2, minuto 40:43)¹.

¹ *“Gracias señor juez me permito presentar recurso apelación contra la decisión proferida por su despacho y procedo a sustentarla ehm... me permito indicar que no se encuentra conforme con la decisión frente a la declaratoria de la solidaridad de OPCIÓN TEMPORAL como quiera que mi mandante en ningún momento podría haber manifestado como lo indica el señor juez conforme el numeral 3 del artículo 35 la intermediación puesto que OPCIÓN TEMPORAL siempre actuó como verdadera empleadora de la demandante razón por la cual no podría realizar una manifestación que no era veraz en la oportunidad que se suscribieron cada una*

En el recurso de CAPITAL SALUD EPS-S su apoderado solicita que se revoque en su totalidad el fallo proferido en primera instancia. Afirma que CAPITAL SALUD EPS-S fue sujeto de vigilancia por la Superintendencia Nacional de Salud, lo que le impedía realizar modificaciones a su estructura o contratar personal de manera directa, por lo que debió acudir a la contratación mediante empresas de servicios temporales para contar con el personal que requería por el incremento de los picos de producción que tuvieron por aumento de afiliados del régimen contributivo y subsidiado durante esos años. Considera que la demandante no estaba cobijada por la garantía de fuero circunstancial, toda vez que no hay prueba que demuestre que hizo parte del

de los contratos de la relación laboral, por lo tanto, OPCIÓN TEMPORAL no es solidariamente responsable con las obligaciones que emanó el despacho puesto que ella nunca simulo una relación laboral sino por el contrario cumplió con el objeto social frente al contrato que tenía suscrito OPCIÓN TEMPORAL con CAPITAL SALUD en el suministro de personal para apoyo y atención al cliente, opción siempre dio cumplimiento a este objeto social y por lo tanto atendía los requerimientos que realizaba la empresa usuaria capital salud, en ningún momento eh... capital salud informó a opción temporal que el cargo o las funciones que desempeñaba la actora fuesen de manera permanente en las instalaciones de capital salud, ese cargo y esas funciones fuesen permanentes y prueba de ello lo tenemos en las requisiciones que realizaba la empresa usuaria a OPCIÓN TEMPORAL, por lo tanto, opción temporal en ningún momento podría haberse negado puesto que estaba en cumplimiento del objeto social y frente a las requisiciones que realizaba como se ha dicho la empresa usuaria capital salud, así mismo, eh... opción temporal en ningún momento tiene... influencia en la parte administrativa de las empresas usuarias como lo es CAPITAL SALUD simplemente ella hace el cumplimiento de su objeto y cumplió con todas las obligaciones durante la relación laboral que tuvo con la señora PAOLA ANDREA BARONA, prueba de ello también está en los documentos en la que OPCIÓN TEMPORAL canceló a la actora todas y cada una de las prestaciones y así lo admitió también la demandante en el interrogatorio, ella igualmente admite que su empleador es OPCIÓN TEMPORAL entonces no se acepta la condena que se fulmina frente a la solidaridad puesto que se insiste no hubo ninguna intermediación y opción temporal siempre actuó como un verdadero empleador. Frente al fuero y las prestaciones convencionales a las que condena el fuero al que condena el despacho de indicarse que igualmente opción temporal jamás se enteró de que en que la empresa usuaria existiese un acuerdo estuviesen en negociaciones puesto que esa información nunca fue suministrada por la empresa usuaria, así mismo, la actora nunca pudo hacer parte de esta organización sindical como efectivamente también lo admitió en su interrogatorio puesto que ella no era parte de la planta de personal de capital salud, ella indicó que era trabajadora de OPCIÓN TEMPORAL y siempre presto sus servicios como eh, eh siempre presto sus servicios en misión por lo tanto señor juez no hubo una intermediación como se indica sino por el contrario siempre hubo fue una relación entre la demandante y opción temporal y la empresa usuaria atendió el y la empresa OPCIÓN TEMPORAL siempre atendió la requisiciones como lo manifestó capital salud en los diferentes correos, así mismo, de indicarse que la terminación del contrato no es ineficaz puesto efectivamente fue por la obra o labor contratada que se dio la terminación y frente a la requisición nuevamente que realiza la empresa capital en la que se indica que no se requiere más el servicio por lo tanto opción dio por terminado con una justa causa el contrato de trabajo. Por lo anterior señor juez dejo sustentada la apelación en el sentido que no existe no solidaridad por parte de opción temporal en las condenas impuestas ni en las costas del proceso".

sindicato, ni que presentó un pliego de peticiones. Finalmente, advirtió que la finalización del contrato ocurrió por culminación de la obra o labor para la cual fue contratada, causa que se encuentra contemplada en el Código Sustantivo del Trabajo (audiencia virtual No 2, minuto 46:10)².

² “Bueno, buenas tardes nuevamente como apoderado de capital salud eh... conforme a la notificación del fallo del despacho a interponer recurso de apelación y la sustentación del mismo eh... de la siguiente forma. En primer lugar cabe precisar que desde la vigencia del Decreto 3047 de 2013 que entró en vigencia el 27 de diciembre de 2013 donde la EPS CAPITAL, administraría simultáneamente afiliados del régimen contributivo y subsidiario, generó y ocasionó un aumento y una necesidad en la prestación de servicios como EPS ya que nuestra naturaleza no permite hacer una interrupción o una no prestación del servicio por normativa estamos en la obligación en seguir garantizando esa continuada prestación de servicios a todos nuestros usuarios al ser servicios netamente de salud. En consecuencia como compañía acudimos a través de un contrato de prestación de servicios con una empresa de servicios temporales que para el caso opción temporal donde está debidamente acreditada, registrada con sus pólizas vigentes para entrar en operación como una empresa de servicios temporales, por ende, como compañía acudimos a esta empresa de servicios temporales para eh... hacer uso de ella y poder suministrar esos tipos de producción que tuvimos en las anualidades que fueron eh... que hicieron parte de este proceso que corresponde, tan así que de manera individual existieron órdenes de servicio en cada uno de los contratos, acá no existe una intermediando dado de que como compañía no pretendíamos ocultar, no pretendíamos engañar y no se pretendía ocultar una relación de trabajo ya que como obra de expediente por lo el mismo testimonio de la parte demandada todas sus prestaciones salariales y prestaciones fueron pagadas en su totalidad por su verdadero empleador que fueron opción temporal, ahora, otro aspecto eh... que es importante resaltar es que eh.. la compañía estuvo en vigilancia por la superintendencia de salud y esta vigilancia eh... impedía ah... capital salud tener musculo financiero, impedía hacer modificaciones a su estructura, impedía hacer contrataciones de manera directa, por ende, para poder tener esa prestación de servicios 0028 y poder garantizar esos picos fue que se acudió a una figura no de intermediación sino a una figura que esta previamente establecida a la normatividad vigente que es acudir a una empresa de servicios temporales para que nos cubriera en estos picos de producción como paso eh... en este eh... en este caso que nos ocupa, en segundo lugar frente al fuero circunstancial eh... efectivamente la compañía se encontraba en un conflicto colectivo mediante el cual eh... estaba en curso si dentro del expediente no obra un documento o una solicitud de afiliación al sindicato por parte de la demandada, así mismo no obra documento mediante el cual se señale que la demandada estuvo presente frente a ese pliego de peticiones que inicio la negociación y las etapas de arreglo con el sindicato que cuenta la compañía al tenor de la normatividad nos señala que este fuero aplica únicamente a quien haya presentado un pliego y no obra un documento y donde la misma demandada en su declaración nos confirma que no tuvo en ningún momento una afiliación y también nos confirma que no hizo parte de la presentación de ese pliego de peticiones, por tanto, eh... no es cubierta por este fuero circunstancial que nos trae la norma eh.. a la cual hace alusión, por tanto, no se puede aplicar un respectivo reintegro dado de que la parte demandada no hacia parte de la presentación del pliego que inicio este conflicto, por otra parte en lo referente a la finalización del contrato de trabajo eh... capital salud no tiene la facultad legal para haber terminado un contrato de trabajo que no donde nosotros no éramos los verdaderos empleadores la única eh.. parte que tenía la facultad para realizar esa finalización de ese contrato de obra o labor era opción temporal porque era su verdadero empleador, nosotros no teníamos ninguna injerencia jurídica para poder dar una instrucción de dar una finalización a un contrato de trabajo y más sin justa causa, por lo que se puede ver eh... dentro de los expedí de los expedientes y del oficio que se da la notificación de la terminación de ese contrato por parte de opción temporal se hace bajo una causal objetiva que se encuentra consagrada en nuestro código sustantivo del trabajo que es con alusión a la finalización de la obra contrata como opero en este caso por ende bajo ningún momento hubo una operación injustificada

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia, que la demandante prestó servicios a favor de la empresa CAPITAL SALUD EPS-S por vinculación con la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS entre el 15 de junio de 2013 y el 26 de junio de 2019, en el cargo de *Analista de Servicio al Cliente*, devengando como último salario mensual \$1.364.921. Lo anterior, en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre CAPITAL SALUD EPS-S y OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS para el suministro de trabajadores en misión, con base en el cual se suscribieron seis contratos de obra o labor determinada entre la actora y OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS, en las siguientes fechas: (i) el 15 de junio de 2013, el cual finalizó el 15 de junio de 2014; (ii) el 16 de junio de 2014, el cual finalizó el 15 de mayo de 2015; (iii) el 21 de mayo de 2015, el cual finalizó el 22 de mayo de 2016; (iv) el 14 de junio de 2016, el cual finalizó el 13 de junio de 2017; (v) el 22 de junio de 2017, el cual finalizó el 21 de junio de 2018; y, (vi) el 27 de junio de 2018, el cual finalizó el 26 de junio de 2019. Este hecho se encuentra demostrado -además- con los contratos suscritos por la demandante y la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS, las comunicaciones de finalización del contrato por obra o labor determinada y las liquidaciones definitivas de prestaciones sociales que se realizaron a la terminación de cada uno de los contratos, aportados por las demandadas con sus contestaciones (ver CD 1).

Tampoco fue objeto de controversia que entre el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE CAPITAL SALUD - SINTRACAPITAL y la entidad CAPITAL SALUD EPS-S se trabó un conflicto colectivo en virtud del pliego de peticiones que presentó dicho sindicato el 12 de septiembre de 2016, cuya

para dar una finalización a ese contrato de obra con la parte demandada, por tanto, eh... solicito eh... sea revocada esta sentencia en primera instancia en todas sus partes dado de que no se tuvieron en cuenta todos los todas las materiales probatorios que obran dentro del expediente en un análisis profundo frente al aumento de tipo de producción frente a esa supuesta intermediación que tiene capital salud cuando en ningún momento obro de mala fe como ya se ha explicado en este recurso y se revoque esta sentencia en todas sus partes”.

etapa de arreglo directo se desarrolló entre el 29 de septiembre y el 4 de noviembre de 2016 y en ella se llegó a un acuerdo en 6 de los 25 puntos planteados en el pliego de peticiones; sobre los puntos restantes se dictó laudo arbitral el 5 de junio de 2018 por un Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por el Ministerio del Trabajo, y en contra de dicha decisión la empresa CAPITAL SALUD EPS presentó recurso de anulación que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 (ver Laudo Arbitral proferido el 5 de junio de 2018 en folios 62 a 74 del expediente, y sentencia SL 2681 de 2020, M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA, consultada en el Sistema de Relatoría de la Corte Suprema de Justicia).

En consonancia con los recursos propuestos el Tribunal debe definir si existió o no contrato de trabajo entre la demandante y CAPITAL SALUD EPS, y en dado caso, si la demandante estaba cobijada por fuero circunstancial, si tiene derecho al pago de las prestaciones extralegales pactadas en la convención colectiva suscrita entre dicho empleador y sus trabajadores, si tiene derecho al pago de indemnización por despido injusto o de indemnización moratoria, y si la demandada OPCION TEOPMORPAL Y CIA SAS debe responder solidariamente por las condenas que pudieran caber contra la principal demandada.

- **RELACIÓN DE TRABAJO Y SOLIDARIDAD.** Para lo primero la Sala encuentra clara prueba de un contrato de trabajo con la demandada, desde el inicio de la relación de servicios personales, por las razones que pasan a exponerse.

La Ley 50 de 1990 (artículos 71 a 94), reglamentada en la materia por el Decreto 4396 de 2006 y compilada en el Decreto 1072 de 2015, permite la contratación temporal de trabajadores mediante Empresas de Servicios Temporales, solamente cuando se vaya a ejecutar una de las siguientes actividades: i) atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, ii) reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por

enfermedad o maternidad, o iii) atender incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o mercancías, o durante los períodos estacionales de cosechas o de incrementos en la prestación de servicios.

Ninguna de dichas actividades fue desarrollada por la demandante.

Si bien CAPITAL SALUD EPS-S insistió a lo largo del proceso que recurrió a esta modalidad de contratación de personal por la entrada en vigencia del Decreto 3047 de 2013 que trajo como consecuencia un aumento en el número de afiliados de la EPS-S tanto del régimen contributivo como del régimen subsidiado, y por la medida cautelar de vigilancia especial que le impuso la Superintendencia Nacional de Salud, tales afirmaciones no se encuentran probadas en el expediente.

Pero de todas formas y frente a cualquier duda que pudiera haber, lo cierto es que el artículo 6º del Decreto 4396 de 2006 prohíbe la contratación de trabajadores en misión para labores que excedan un año, aunque la causa originaria del servicio subsista en la empresa usuaria. Dice la norma que en para trabajadores en misión *no se podrá prorrogar el contrato de servicios temporales ni celebrar uno nuevo con la misma o con otra Empresa.*

En el expediente se probó que entre la demandante y OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS se suscribieron 6 contratos de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada en labores de *Analista Integral de Servicio al Cliente* con interregnos entre cada contratación inferiores a un mes (en algunos casos el nuevo contrato se hizo al día siguiente de la terminación del vínculo y máximo transcurrieron 9 días calendario). También se probó que dicha labor se desarrolló por más seis años y que en desarrollo de sus funciones no se atendieron necesidades puntuales y transitorias de la empresa usuaria.

De ello resulta clara la invalidez de la modalidad aducida de *servicios temporales* y surge la vinculación directa con la demandada y la figura de un simple intermediario en la Empresa de Servicios Temporales, lo que acarrea

en su contra responsabilidad solidaria, en los términos del artículo 35 del CST, tal como lo definió la sentencia apelada que será confirmada en esta materia.

- **FUERO CIRCUNSTANCIAL.** Para definir si en el momento de la terminación de la vinculación laboral que existió entre la trabajadora y CAPITAL SALUD EPS-S (el 26 de junio de 2019) existía fuero circunstancial, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 dispone que “[l]os trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”, y del artículo 36 del Decreto 1469 de 1978 establece que la anterior protección comprende “a los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que se deje ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso”.

En palabras de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia con esta garantía de los trabajadores “se asegura su estabilidad laboral mediante la prohibición de despido sin justa causa comprobada; ello con la finalidad de evitar represalias contra aquellos y disuadir al empresario de adoptar medidas orientadas a debilitar al movimiento sindical o entorpecer la negociación” (ver CSJ sentencia SL 4142 de 2019).

Con fundamento en el artículo 167 del CGP, quien reclama la ineficacia de un despido por el fuero circunstancial que se estudia, deberá demostrar los supuestos de hecho que generan la protección: la participación del trabajador en el conflicto colectivo que se está tramitando, por formar parte del sindicato que presentó el pliego de peticiones, o por haber presentado directamente dicho pliego para la suscripción de un pacto colectivo (cuando el trabajador no está sindicalizado).

Con este referente normativo la Sala revocará la decisión de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del despido de PAOLA ANDREA BARONA, pues no se probó que para el momento en que terminó el contrato de trabajo fuera parte en la negociación colectiva por estar afiliada al sindicato que inició el conflicto o por haber presentado o suscrito un pliego de peticiones directamente. Por ello no se puede entender que su despido tuviera como finalidad “*debilitar al movimiento sindical o entorpecer la negociación*”, como lo exigen las normas y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

No sirve para demostrar su participación en la negociación colectiva el testimonio rendido por YOHANA MARCELA QUICENO SÁNCHEZ (audiencia virtual No 1, minuto 39:33) quien refirió por información de la demandante sabe que solicitó su inclusión en el pliego de peticiones pero que dicha solicitud fue negada porque no hacía parte de la planta de personal de la entidad, pues se trata de una prueba de referencia y por ello no idónea para definir la controversia.

La misma demandante reconoció en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso, que no hizo parte del sindicato SINTRACAPITAL, y que tampoco hizo parte del pliego de peticiones que se presentó pues estaba vinculada como trabajadora en misión y no hacía parte del personal de planta de la entidad (audiencia virtual No 1, minuto 26:01).

A juicio de la Sala no cabe la extensión del fuero circunstancial a todos los trabajadores de la empresa cuando el pliego de peticiones sea presentado por un sindicato mayoritario, como lo concluyó el juez de primera instancia, pues tal interpretación resulta contraria a la finalidad pretendida por la norma. Tampoco cabe la aplicación analógica de la norma que dispone la extensión de los beneficios contenidos en la convención colectiva de trabajo cuando es celebrada por un sindicato mayoritario (artículo 471 del Código Sustantivo de Trabajo) pues se trata de situaciones diferentes, la Corte Constitucional ha dicho claramente que solo se puede acudir a la interpretación analógica de las

normas cuando situaciones no contempladas expresamente en la ley difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes “*aquellos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma*” (sentencia Corte Constitucional C-083 de 1995). En el caso presente, no se puede concluir razonablemente del despido de la demandante, que el empleador tuviera la intención de *debilitar al movimiento sindical o entorpecer la negociación* colectiva, que es la finalidad perseguida por las normas que otorgan fuero circunstancial.

- **BENEFICIOS CONVENCIONALES.** Para definir en esta instancia si le asiste o no derecho a la demandante a percibir los derechos contenidos en los artículos 15, 16, 17 y 19 de la norma convencional, se debió probar la existencia de la Convención Colectiva de trabajo cuya aplicación se reclama, con las formalidades que exige la ley.

Sobre la materia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho, desde vieja data, que la convención colectiva de trabajo se debe acreditar mediante la aportación al proceso de una copia de la misma con su nota de depósito es decir, la copia autorizada por la División de Asuntos Colectivos del Ministerio del Trabajo junto con la certificación de que su depósito se hizo dentro de los quince días siguientes a su firma, como requisito “*ad substantian actus*” (sentencia 11 de febrero de 1993, radicado No. 5411).

Revisado el expediente, no se encuentra copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre CAPITAL SALUD EPS-S y SINTRACAPITAL, ni de la nota del respectivo depósito ante el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (ver texto en folios 51 a 58). Se allegó un texto incompleto elaborado por el sindicato SINTRACAPITAL, en el cual se recogen los puntos que se alcanzaron en las negociaciones colectivas que se adelantaron a raíz de los pliegos de petición presentados en los años 2013 y 2016, prueba que resulta insuficiente para demostrar con ella la existencia de la convención colectiva que consagra los derechos extralegales reclamados.

En consecuencia, se absolverá a la demandada del reconocimiento de beneficios convencionales.

- INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. Para definir el derecho al pago de la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, se debe recordar que los artículos 61 y 62 del mismo cuerpo normativo definen las situaciones que generan la terminación del contrato de trabajo sin el pago de indemnización, entre ellos la culminación de la obra o labor contratada.

En esta línea y dado que el contrato de trabajo en misión fue declarado ineficaz, se debe entender con base en el artículo 47 del CST, que la vinculación de la demandante se desarrolló mediante un contrato de término indefinido.

Así las cosas, la comunicación de terminación de la relación laboral aduciendo la finalización de la obra contratada constituye un despido sin justa causa que le fue informado a la trabajadora por quien fungió como un *simple intermediario OPCIONAR TEMPORAL Y CIA SAS* (ver comunicación de la finalización del contrato de trabajo por obra o labor determinada – CD 1).

En consecuencia, se condenará la CAPITAL SALUD EPS-S, y de forma solidaria a OPCIONAR TEMPORAL Y CIA SAS, a pagar a favor de la demandante, indemnización por despido sin justa causa, en la suma total de \$5.939.676, la cual se obtiene del último salario de la demandante (ascendía a la suma de \$1.364.920) y el tiempo servido (6 años y 10 días)³.

Sobre los valores adeudados por despido injusto procede la indexación, para lo cual se debe aplicar la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por

³ Para el efecto se tomó como valor del salario diario la suma de 45.497,33, la cual se multiplicó por 130.55 días, de conformidad con lo establecido en el numeral 2, literal a, del artículo 64 del CST.

la demandante (\$5.939.676), por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE en la fecha que se haga el pago, por el índice inicial que estaba vigente en la fecha del despido.

- INDEMNIZACIÓN MORATORIA. Para resolver sobre esta materia, el artículo 65 del CST dispone a cargo del empleador una sanción equivalente a un día de salario por cada día que transcurra entre la fecha de terminación del contrato de trabajo y la fecha de pago de los salarios y prestaciones sociales causados en la relación de trabajo.

Si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la condena no opera de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, tal situación (BUENA FE) solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas, de no estar obligado al pago de los derechos que se reclaman, o de situaciones sobrevinientes que hicieran para el empleador imposible el pago de sus obligaciones.

Con esta regulación y dado que la demandante confesó en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso, que OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS (quien fungió como simple intermediario y por ello actuó en nombre del verdadero empleador -se insiste-) no le debía salarios o prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, el Tribunal negará la condena al pago de la sanción moratoria que se incorporó como pretensión subsidiaria de la demanda, advirtiendo que no se están reconociendo en esta instancia acreencias laborales adicionales.

SIN COSTAS en la apelación.

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** los numerales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO de la sentencia apelada. En su lugar, se condena a CAPITAL SALUD EPS-S a pagar a PAOLA ANDREA BARONA indemnización por despido sin justa causa en CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$5.939.676), suma que se debe entregar debidamente indexada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

Esta sentencia queda legalmente notificada en estrados. La tomó la Sala Sexta 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 MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ VALDES
CONTRA LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**

Bogotá D. C., nueve (9) de diciembre 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 estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 26 de mayo de 2021 por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se DECLARÓ PROBADA la excepción de COSA JUZGADA respecto de las prestaciones extralegales reclamadas, y se ABSOLVIÓ a la demandada de las demás pretensiones incoadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ VÁLDEZ presentó demanda contra la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la existencia de una relación laboral en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo lugar entre el 24 de julio del año 2000 y el 30 de noviembre del año 2017, y se DECLARE LA NULIDAD de la carta de renuncia que aparentemente suscribió el trabajador el 30 de noviembre de 2017 y del acuerdo transaccional celebrado entre ambas partes en la misma fecha, por adolecer ambos documentos de vicios en el consentimiento que manifestó el trabajador. Como consecuencia de lo anterior pide que se decrete la restitución del contrato de

trabajo en los términos establecidos en el artículo 1746 del Código Civil sin solución de continuidad. De forma subsidiaria, pide que se ordene su reintegro sin solución de continuidad al mismo cargo que tenía como auxiliar de bienes y servicios, o se le pague la indemnización convencional por la terminación unilateral del contrato de trabajo.

Adicionalmente, pidió el reconocimiento y pago de los siguientes conceptos: (i) primas semestrales de servicios de origen convencional que corresponden a los meses de junio y diciembre de los años 2014, 2015, 2016 y 2017; (ii) prima de vacaciones de origen convencional que corresponden a los años de servicios comprendidos entre 2013 a 2014, 2014 a 2015, 2015 a 2016 y 2016 a 2017; (iii) reliquidación del valor de la cesantía definitiva a 30 de noviembre de 2017; (iv) reliquidación del valor de las cesantías al día 31 de diciembre durante los años 2014, 2015 y 2016; (v) intereses a las cesantías por los años 2014, 2015 y 2016; (vi) sanción legal por el no pago oportuno de los intereses sobre las cesantías por los años 2014, 2015 y 2016; (vii) sanción legal establecida en el numeral 3° del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado el valor completo de las cesantías liquidadas en los años 2014, 2015 y 2016; (viii) pagos aportes para la seguridad social; y (ix) el pago indexado de las sumas adeudadas. Y, en el escenario de proceder la segunda pretensión subsidiaria encaminada al reconocimiento de la indemnización convencional por la terminación unilateral del contrato de trabajo, pide el pago de los perjuicios subjetivos morales que le ocasionó la empresa con su accionar, los cuales estima ascienden a la suma de 100 SMLMV en el momento en el que se haga efectivo el pago.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que ejecuto con la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 24 de julio del año 2000, y que el 30 de noviembre de 2017 fue requerido en la oficina del Director de Gestión Humana de la empresa quien le informó sobre la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo a partir del mismo día para lo cual debía firmar una carta de renuncia y un acuerdo de transacción previamente preparado por la empresa, pues si no

lo firmaba sería despedido y recibiría una liquidación salarial y prestacional inferior a la suma que se le reconoció en el acuerdo transaccional. Por ello refiere que accedió a firmar tanto la carta de renuncia como el acta de acuerdo de transacción. Aduce además que la empresa le adeuda el valor de las primas semestrales de servicios de junio y diciembre y el valor de las primas de vacaciones, ambas de origen convencional, valores que afectan directamente tanto las liquidaciones anuales de cesantías como la liquidación definitiva del mismo concepto (ver demanda en folios 5 a 27 y subsanación en folios 321 a 345 del expediente).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA mediante apoderada, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que la vinculación laboral terminó por mutuo acuerdo entre las partes y sin que se ejerciera ningún tipo de presión o engaño sobre el trabajador, y advirtió que durante la vigencia de la relación laboral la empresa pagó la totalidad de los derechos el demandante, pero de todas formas y ante cualquier interpretación en contrario, las partes suscribieron un acuerdo en el que transigieron cualquier pretensión de derechos inciertos y discutibles derivados directamente del contrato de trabajo, a cambio del pago de la suma total de en la suma de \$38.103.000 que se pagó a título de bonificación por retiro definitivo. Sobre los hechos que fundamentan la acción afirma que la vinculación del demandante con la empresa tuvo lugar el 24 de julio del año 2000 mediante contrato a término fijo que mutó a un contrato de trabajo a término indefinido con la suscripción del contrato individual de trabajo el 23 de enero de 2001, la vinculación se terminó por mutuo acuerdo el 30 de noviembre de 2017 conforme se observa en la comunicación y transacción suscritos en la misma data. Además, advirtió la coexistencia de dos regímenes laborales dentro de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA: el de los miembros del sindicato que suscribió la convención (SINTRAFEC), del cual no hacía parte el demandante, y el de los demás trabajadores no beneficiarios de la misma. Propuso como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación, cosa juzgada, pago y*

compensación, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir y la genérica (ver contestación en folios 370 a 390 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 26 de mayo de 2021, a través de la cual la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ PROBADA la excepción de COSA JUZGADA respecto de las prestaciones extralegales reclamadas, y ABSOLVIÓ a la demandada de las demás pretensiones incoadas.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada COSA JUZGADA frente a las primas de servicios y vacaciones extralegales solicitadas y las de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN frente a las demás pretensiones incoadas por el señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ VÁLDES. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS de todas las pretensiones de la demanda incoadas por el señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ VÁLDES, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. TERCERO: CONDENAR al demandante EN COSTAS a favor de la demandada, por secretaría tásense, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000. CUARTO: En caso de no presentarse recurso de APELACIÓN, enviar a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, en el grado jurisdiccional de consulta” (CD 3 - audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 1:06).*

Para tomar su decisión la Juez concluyó que el demandante no acreditó el vicio en el consentimiento que alegó en la demanda, por lo que negó las pretensiones que se derivan de la nulidad del acuerdo transaccional, y advirtió que la expresión *“me reservo el derecho a reclamar”* que el trabajador consignó en dicho acuerdo no desvirtúa la manifestación de voluntad que expresó. Además, explicó que el demandante no le eran extensivas los derechos convencionales reclamados (prima semestral convencional y prima de vacaciones convencional) pues a partir del año 1988 el sindicato SINTRAFEC dejó de tener el carácter de sindicato mayoritario, por lo que solo se le eran aplicables los derechos pactados en las Convenciones Colectivas a los

afiliados a dicho sindicato, calidad que no ostentaba el extrabajador. Por ello, concluyó que operó el efecto de cosa juzgada sobre dichas prestaciones, y negó las pretensiones encaminadas a obtener la reliquidación de las cesantías, pues ello dependía del reconocimiento de las prestaciones extralegales reclamadas.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del CPT y SS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de la controversia que se planteó ante el Tribunal, la ejecución de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 24 de junio de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2017, hecho que se acredita además con la certificación que obra a folios 46 y 457. Tampoco fue motivo de apelación que la relación de trabajo terminó previa la firma de una manifestación de desvinculación por mutuo acuerdo y de un acuerdo de transacción, aportados al expediente en folios 392 y 596 a 598, documentos que el demandante reconoce haber suscrito.

El Tribunal debe resolver si hubo vicio en el consentimiento del demandante al suscribir la transacción el 30 de noviembre de 2017 y en dado caso las consecuencias que se derivarían de ello.

Para resolver lo que corresponde, se debe recordar en consonancia con los artículos 13, 14 y 15 del CST, que si bien la autonomía de la voluntad privada en asuntos del trabajo tiene restricciones que buscan proteger a la parte débil en la relación, de ello no se puede entender la invalidez de todos los pactos que celebre el trabajador con su empleador para regular las condiciones de trabajo o para terminar las relaciones que viene ejecutando.

Si tales pactos (llámense transacciones, conciliaciones u otros) cumplen con las condiciones que el artículo 1502 del Código Civil estipula para la validez de los actos jurídicos, a saber: capacidad, consentimiento libre de vicio, y objeto y causa lícitos (esto último en materia laboral implica, entre otras cosas que el acuerdo no se desconozcan derechos *ciertos e indiscutibles* del trabajador ni afecte los derechos legales mínimos del trabajador), tienen plena eficacia y se deben ejecutar según lo acordado.

Al expediente se aportó el documento transaccional (folios 596 a 598), en el cual las partes acordaron *“la terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo a partir del día 1° de diciembre de 2017”,* y el reconocimiento de la suma de \$38.103.000 a título de bonificación por retiro definitivo *“para transigir cualquier litigio en el que se controvierta la validez o la eficacia del acuerdo de transacción para la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y consecuentemente se pretenda el reintegro o reinstalación y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir o el pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo; así como para resolver anticipadamente cualquier controversia futura en la que se pretenda el reconocimiento y pago de reajustes en acreencias laborales legales y extralegales originadas en el contrato de trabajo a que se hace referencia, y en general, para transigir cualquier pretensión de reconocimiento de derechos inciertos y discutibles derivados directa o indirectamente del contrato de trabajo (...).”*

Dicho acuerdo se suscribió por el demandante, y como quiera que al proceso no se aportó prueba de que hubiera existido un vicio en el consentimiento que prestó ni objeto ilícito por haberse cedido derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, la Sala lo estima válido, y confirmará la decisión de primera instancia.

(i) VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO. Ninguna prueba se allegó para demostrar las afirmaciones que expresa la demanda y el interrogatorio de parte que rindió en el proceso el demandante, según las cuales, el Director de Gestión Humana de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, CÉSAR

AUGUSTO GONZÁLEZ CORTÉS, lo acosó y amenazó para que firmara la carta de terminación del contrato por mutuo acuerdo y el acuerdo de transacción elaborados previamente por la empresa, bajo el argumento que de no firmarlo sería despedido de la empresa y recibiría una suma muy inferior a la pactada en el acuerdo transaccional (ver interrogatorio de parte en la audiencia virtual No 1, minuto 51:05 – CD 2).

Los testigos de la parte pasiva, CESAR AUGUSTO GONZÁLEZ (ex Director de la oficina de Gestión Humana de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS – audiencia virtual No 1, minuto 5:55) y PAULA ANDREA VÁSQUEZ RAMÍREZ (analista de Desarrollo Organizacional de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS – audiencia virtual No 1, minuto 31:40) expresaron su desconocimiento de las circunstancias bajo las cuales el demandante se retiró de la empresa. El primer testigo manifestó que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS celebra acuerdos o transacciones con sus trabajadores, en atención a un diálogo respetuoso, negociación y consentimiento de las partes, y estos se expresan a través de documentos previamente elaborados por el mismo trabajador con los asesores de la empresa, pero advirtió que no recuerda las circunstancias bajo las cuales se celebró el acuerdo transaccional objeto de este proceso. La segunda testigo informó que el día en que se suscribió el acuerdo de transacción únicamente llamó al trabajador para que se reuniera con el entonces Director de la Oficina de Gestión Humana (testigo CESAR AUGUSTO GONZÁLEZ).

Cabe advertir que la declaración de parte del demandante no puede ser considerada como prueba útil para los fines que persigue su demanda, ni se prueba un vicio en el consentimiento por la nota que se consignó en el acta, *“me reservo el derecho a reclamar”*, pues en ella no se refiere el motivo de inconformidad para establecer si configuraron vicios en el consentimiento del trabajador por error, fuerza o dolo. Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha estimado además que la elaboración del documento de transacción por el empleador *“no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple del actor expresado allí. Ni es*

tampoco una circunstancia inequívoca con la que se permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo (...) tales son propuestas legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual forma pueden ser aprobadas o desestimadas por este” (ver sentencia de la CSJ proferida el 4 de abril de 2006, dentro del radicado No. 26071, citada en la sentencia SL 2503 de 2017).

(ii) COSA JUZGADA. Tampoco se demostró que el acuerdo tuviera objeto ilícito por haber desconocido derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

En materia laboral -se reitera- los artículos 14 y 15 del CST otorgan validez a la transacción entre las partes del contrato de trabajo siempre cuando no desconozcan derechos *ciertos e indiscutibles* del trabajador, es decir, derechos respecto de los cuales no haya duda alguna del sustento normativo que los genera, ni duda de la ocurrencia de los supuestos que la norma contempla para que se causen.

Bajo esta premisa y una vez revisado el expediente el Tribunal advierte que resultaba válida la transacción de los derechos que pudieran surgir de la causa de terminación del contrato de trabajo tales como la restitución del contrato de trabajo, el reintegro sin solución de continuidad al mismo cargo que tenía, y la indemnización convencional por la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, pues ellos dependían de la existencia de un despido y de la ausencia de justa causa en tal decisión, supuestos de hecho de ocurrencia claramente discutible. El acuerdo transaccional definió – precisamente- que el contrato de trabajo terminaba por mutuo acuerdo con el pago de una suma de dinero para transigir “*el reintegro o reinstalación (...) o el pago de indemnización por terminación del contrato de trabajo*” (ver folio 597).

Igual razonamiento cabe sobre la prima de servicios y la prima de vacaciones de origen convencional reclamadas en la demanda que tenían naturaleza

incierto y discutible, si se tiene en cuenta que no se demostró que el aquí demandante tuviera derecho a la extensión de los beneficios extralegales pactados entre el Sindicato SINTRAFEC y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, pues se trata de un Sindicato minoritario desde el año 1988¹ al cual no se encontraba afiliado el ex trabajador² (artículo 471 del CST)³. No se demostró que por voluntad de las partes dichos beneficios hubiesen sido extendidos a su favor (ver sentencia de la CSJ SL 7805 de 2016).

Por todo lo dicho se confirmará la decisión de primera instancia advirtiendo que la improcedencia del reconocimiento de las prestaciones de origen convencional reclamadas impide la reliquidación de las cesantías, pretensión que también se reclamó en la demanda.

SIN COSTAS en la CONSULTA.

DECISION

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

RESUELVE

¹ Ver constancia obrante a folio 414 del expediente.

² Así lo reconoció en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso.

³ «Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados».

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



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 FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre 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 y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2021 por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a 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 Belcy Bautista Fonseca, quien se identifica con T.P. 205.907, 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, FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS *presuntamente* ocurrido en septiembre de 2009, con fundamento en que fue trasladado por su empleador en 2007, cuando éste empezó a efectuar aportes a la AFP PORVENIR S.A. sin mediar afiliación alguna, situación que se pretendió subsanar requiriéndole firmar el formulario correspondiente, sin proporcionarle información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dejar su régimen anterior y las consecuencias a futuro de ello, ni mucho menos indicarle que al no haber afiliación a dicha AFP, sus aportes habían sido devueltos al RPM. Al solicitar traslado a COLPENSIONES en 2012, la entidad negó el mismo por considerar que no habían transcurrido 5 años desde su traslado, según ellos ocurrido en 2009. Como consecuencia de lo anterior, pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de todos las sumas a su favor, sumas adicionales, saldos con frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados. En subsidio, se declare que nunca dejó de estar afiliado al RPM y, en consecuencia, se ordene el traslado integral de los aportes sin deducción alguna por parte de PORVENIR S.A., y que los mismos sean contabilizados por COLPENSIONES en su historia laboral (ver demanda en archivo 01 folios 4 a 28).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, según formulario de afiliación suscrito libre y voluntariamente, sin que obre medio probatorio alguno que acredite lo

contrario. Lo que sí se evidencia es la negligencia del actor en consultar su situación pensional, lo cual era su obligación como consumidor financiero. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, al no ser beneficiario del régimen de transición. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 2 a 20).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a dicha entidad se efectuó de manera libre e informada, previo suministro asesoría oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz sobre las características del RAIS, como lo manifestó la actora en el formulario correspondiente y según las normas vigentes, y, en todo caso, la obligación de asesoría surgió sólo hasta el Decreto 2555 de 2010 y la de realizar cálculos pensionales se originó en la Ley 1748 de 2014. Resaltó que el sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes. Así mismo, el demandante nunca presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado, lo que sumado a su permanencia en dicho régimen da cuenta de su ratificación tácita de la afiliación. Adicionalmente, en reiteradas comunicaciones solicitó la normalización de su historia laboral de 2007 a 2009, mientras que en 2004 solicitó vinculación a pensiones voluntarias, lo que da cuenta de su

conocimiento del RAIS y su interés en permanecer en dicho régimen, para lo cual resulta igualmente relevante que no se trata de una persona lega, sino de un abogado que tendría conocimiento de los negocios jurídicos celebrados. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos ya cumplieron su cometido legalmente establecido. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe* (ver contestación en archivo 01 folios 138 a 166).

Terminó la primera instancia con sentencia de 30 de septiembre de 2021, mediante la cual la Juez Veintisiete (27) 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 sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad, administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demanda SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del señor FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ como aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.*

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES tener como válidamente afiliado al señor FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese trasladado, a recibir todas las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, y a actualizar la historia laboral del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y por la AFP PORVENIR. QUINTO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho en favor de la parte demandante. No se condena en costas a COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 30 de septiembre de 2021 Min. 51:50).

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 para entender que el demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Agregó que, no se encontró confesión alguna en tal sentido en el interrogatorio de parte rendido por el actor.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto este tipo de decisiones quebranta el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, pues es el erario el que se ve afectado al tener que reconocer la pensión del demandante al resultar para el efecto insuficientes los aportes y demás dineros trasladados. En consecuencia y en caso de confirmar la decisión, solicita se estudie la posibilidad de ordenar el pago del cálculo actuarial correspondiente a cargo de la AFP o de la parte actora (Audiencia virtual del 30 de septiembre de 2021 Min. 53:34).

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderada también pidió que se revoque la decisión, por considerar que para el momento de la afiliación la AFP no podía negarse a la afiliación según el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, la cual se efectuó con los requisitos legales establecidos. Se evidencia pues, una negligencia del actor respecto de su derecho pensional al no haber realizado el traslado sin asesoría y dejar pasar el tiempo sin manifestar la inconformidad que manifestó tener con dicho traslado, lo que demuestra que ratificó la decisión de seguir cotizando a este régimen. No es dable exigir a la AFP buscar cada afiliado para obligarlo a recibir la asesoría. En el presente asunto resultaría dable aplicar lo señalado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 pero en contra del empleador, quien habría sido el responsable de la afiliación del actor. Manifestó que no hay lugar a la devolución de gastos de administración, sumas de la aseguradora y sumas de la pensión mínima, pues resulta contradictorio ordenar su traslado en virtud de la ineficacia declarada y, simultáneamente, disponer el traslado de los rendimientos generados, situación que además contraría la igualdad de las partes, máxime cuando tales montos cumplieron su finalidad legal (Audiencia virtual del 30 de septiembre de 2021 Min. 56:53).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 47 años de edad y había cotizado 381,86 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 01 folios 38 a 43 y en el expediente administrativo – carpeta 02.

de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año 5 meses y 29 días)², 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 57 años de edad – ver archivo 01 folios 50 y 71).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

² *Ibidem*.

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante pues indicó que su traslado se dio en *agosto de 2007* cuando su empleadora Universidad Republicana lo trasladó a PORVENIR sin consultarle ni firmar formulario alguno, el cual suscribió sólo hasta 2009, creyendo que estaba convalidando la afiliación, sin haber recibido asesoría alguna, tan solo una persona de la referida universidad la indicó que allí se podría pensionar más rápido y con una mesada más alta, sumado a que el ISS se iba a acabar. Intentó trasladarse a COLPENSIONES en 2012, momento en que la entidad respondió que debía completar 5 años de afiliación, los cuales se contaban desde 2009, por ello solicitó a PORVENIR que reconociera su traslado desde 2007 y así tener el tiempo necesario para hacer nuevamente el traslado a COLPENSIONES (Audiencia virtual del 30 de septiembre de 2021 Min. 12:14).

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.

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 del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (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 que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia, los valores se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo 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 COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **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 EDITH GÓMEZ RICAURTE CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre 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, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2021 por la Juez Treinta y Una (31) 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, 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, EDITH GÓMEZ RICAURTE 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

ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en mayo de 2001, con fundamento en que fue inducida a error al no habersele proporcionado información completa, veraz, oportuna e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos de su decisión; por el contrario, se le indicó que se podría pensionar a la edad que quisiera sin afectar su expectativa pensional respecto al RPM, sin indicar el capital ni las condiciones para ello, que el ISS desaparecería y podría perder su derecho a pensión. Al efectuar el cálculo, la mesada que obtendría en el RAIS resultaría muy inferior a la que le correspondería en el RPM. Como consecuencia de lo anterior, pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de todos los aportes cancelados y de su *historia laboral* (ver demanda en archivo 001 folios 1 a 15).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, según formulario de afiliación suscrito libre, voluntariamente y sin presiones, sin que obre medio probatorio alguno que acredite lo contrario. Lo que sí se evidencia es la negligencia de la actora en consultar su situación pensional, lo cual era su obligación como consumidor financiero, sin que sea dable que su actual inconformidad con la forma de calcular la prestación en el RAIS se invoque como causal de *nulidad*. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, al no ser beneficiaria del régimen de transición. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 007 folios 3 a 20).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a dicha entidad se efectuó de manera libre, voluntaria e informada, previo suministro asesoría integral y completa sobre las características del sistema general de pensiones, incluyendo cálculos comparados, como lo manifestó la actora en el formulario correspondiente y según las normas vigentes, artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Así mismo, la demandante nunca presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado, lo que sumado a su permanencia en dicho régimen da cuenta de su ratificación tácita de la afiliación. Adicionalmente, no le es aplicable lo dispuesto en la sentencia SU-062 de 2010. Advirtió que la acción se encuentra prescrita. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago* (ver contestación en archivo 011 folios 3 a 19).

Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de noviembre de 2021, mediante la cual la Juez Treinta y Una (31) 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: *“DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de la demandante EDITH GÓMEZ RICAURTE a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y, en consecuencia, tener a la demandante EDITH GÓMEZ RICAURTE como válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –*

COLPENSIONES. CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero recibidas de la demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros, entre otros. CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes realizados por la demandante, cuyo traslado deberá efectuar COLFONDOS S.A. como ya se explicó. Igualmente, CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con prestación definida, como si nunca se hubiese trasladado de régimen. CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS al pago de costas y agencias en derecho, en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al pago de costas y agencias en derecho, conforme ya se explicó. Como quiera que la presente sentencia fue adversa a los intereses de COLPENSIONES, se concede el grado jurisdiccional de CONSULTA, en el evento de que no sea apelada por el apoderado de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 9 de noviembre de 2021 Min. 45:09).

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. no probó que se hubiera brindado información objetiva, completa y transparente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios, sin que para ello resulte insuficiente la suscripción del formulario de afiliación. Agregó que, no se encontró confesión alguna en tal sentido en el interrogatorio de parte rendido por la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto no le asiste el derecho a la demandante al traslado, por encontrarse incurso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Adicionalmente, en interrogatorio de parte no se evidencian elementos que den lugar a la declaración de ineficacia. Finalmente, se tiene que ha transcurrido un tiempo considerable desde el traslado, lo que da cuenta de su interés de permanecer en el RAIS (Audiencia virtual del 9 de noviembre de 2021 Min. 47:10).

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 340,00 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 2 meses y 29 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había cumplido el requisito de edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver archivo 003 folios 1 y archivo 04).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el expediente administrativo.

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 pensional a la afiliada, 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

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

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

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

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 la afiliada, 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, 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"*. 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 afiliada.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que su traslado se dio cuando en abril de 2001 llegaron asesores de COLFONDOS quienes en una charla general a unas 15 personas les indicaron que se trataba de una entidad sólida, respaldada por CAFAM y no deberían preocuparse por sus aportes, que el ISS se iba a acabar y que al trasladarse al fondo privado no debería preocuparse por sus aportes previos pues los mismos serían gestionados internamente por la entidad (Audiencia virtual del 25 de noviembre de 2021 Min. 8:50).

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.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS 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 sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (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 que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y

sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia.

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

COSTAS de segunda instancia a cargo de 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 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 COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

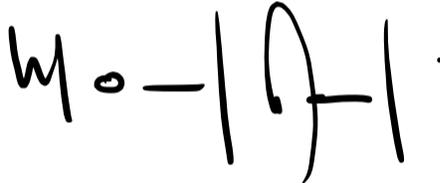


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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 MARTHA SUSANA LÓPEZ VAN MEEK
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre 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., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2021 por la Juez Treinta y Nueve (39) 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 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 María Alejandra Cortés Gómez, abogada inscrita a MAURICIO PAVA LUGO S.A.S., quien se identifica con T.P. 328.170, para actuar como apoderada principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en los términos y para los fines del poder y el certificado de existencia y representación legal allegado.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARTHA SUSANA LÓPEZ VAN MEEK presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* o, en subsidio, la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en noviembre de 2000, así como los ocurridos posteriormente al interior de este último, con fundamento en que se le indujo a error al no habersele informado de manera completa, clara, veraz, oportuna, suficiente y clara sobre las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones del RAIS y sus beneficios, desventajas e inconvenientes, ni sobre la implicación que ello tendría sobre sus derechos pensionales. Situación que se repitió en noviembre de 2005, cuando se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. Al calcular el valor de la mesada que le correspondería en el RPM, esta resulta muy superior a la que obtendría en el RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene el traslado de los aportes efectuados al RAIS (ver demanda en archivo 01 folios 6 a 21).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre de engaños o presiones, previa asesoría sobre los riesgos y consecuencias del cambio de régimen, como se observa en el formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico. Recordó que las condiciones de afiliación se encuentran contenidas en la Ley y no es dable a las partes modificarlas, sin que su ignorancia pueda servir

como excusa. Señaló que no es dable desconocer la restricción contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Pese a haber garantizado el derecho de retracto, el actor ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al estar afiliado ante dicho régimen por más de 20 años sin manifestar inconformidad alguna. No se prueba acto atentatorio alguno respecto del derecho de afiliación, según lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Resaltó que ya los aportes ya habían sido trasladados a otra AFP en virtud del traslado horizontal efectuado por el actor y, en todo caso, no era procedente la devolución de aportes, rendimientos o gastos de administración, conforme a concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en archivo 03 folios 30 a 48).

También contestó la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran en el plenario pruebas de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, al punto que así lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Por último, resaltó que la acción de nulidad aducida se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en carpeta 04 archivo 02).

A su vez, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría objetiva, íntegra, clara y responsable acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, así como sobre las normas que regulan el traslado, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para la época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. Resaltó que la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS por más de 15 años, como lo fue el traslado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen, sin manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento para el efecto, con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la nulidad debió ser alegada dentro del término establecido en el artículo 151 del CPTSS, por lo que actualmente se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS* (ver contestación en carpeta 06 archivo 02 folios 1 a 22).

Terminó la primera instancia con sentencia de 27 de septiembre de 2021, mediante la cual la Juez Treinta y Nueve (39) 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 que el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora MARTHA SUSANA LÓPEZ VAN MEEK es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que deberá entenderse que la actora jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se encuentra, se entiende afectada las afiliaciones que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual, esto es de PORVENIR a PROTECCIÓN. SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos, comisiones por administración, sin que le sea dable descontar dinero alguno por conceptos de seguros de pensión de invalidez, de sobrevivientes o de la pensión de garantía mínima (las comisiones por administración deberán ser pagadas de manera indexada), todo con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR que transfiera todas las sumas de dinero que recibió por conceptos de administración, durante el tiempo que se estuvo afiliada la demandante, esto es, desde el 1º de enero del 2001 hasta el 30 de noviembre del 2005, sin que le sea dable hacer descuento alguno, comisiones que deben ser pagadas de manera indexada. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba los dineros de que trata el numeral (sic) segundo y tercero, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000. SÉPTIMO: INFORMAR a COLPENSIONES que tiene en su poder las acciones civiles en contra de PORVENIR y PROTECCIÓN para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pudiera llegar a causar esta ineficacia. OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar*

adversa a COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 Hora 1:21:42).

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 PORVENIR S.A. no probó haber brindado una buena asesoría sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. Agregó que no se encontró confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte rendido por la actora.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. su apoderada pide que se revoquen los numerales 1, 3 y 6 de la decisión, por considerar que no se probó ningún tipo de vicio en la afiliación y, por el contrario, la decisión asumida vulnera el principio de seguridad jurídica por cambiar de forma súbita las *reglas de juego* que rigen las relaciones entre particulares y el Estado, al restar valor probatorio al formulario de afiliación, prueba inequívoca de la validez y existencia del acto de afiliación según las normas vigente para la época, sin que sea exigible a las AFP guardar pruebas adicionales. Resaltó que si bien dicho documento no se aportó, su suscripción fue reconocida por la actora en interrogatorio de parte. Así mismo, la actora en interrogatorio de parte manifestó su conocimiento acerca de varios aspectos y características del RAIS que dan cuenta de su debida información, circunstancia que sumada a los actos de relacionamiento (aportes constantes, revisión de extractos, etc. da cuenta de su deseo de permanecer en dicho régimen. Manifestó que no es dable ordenar simultáneamente la devolución de los rendimientos y al mismo tiempo los gastos de administración y la prima previsional de seguros, pues resulta contradictorio con la declaratoria de ineficacia y, en todo caso, los descuentos se efectuaron por disposición legal y cumplieron su finalidad. En cuanto a la indexación de estas sumas, señaló que se encuentra suplida por los

rendimientos financieros generados. En caso de mantener dicha condena solicita se declare la prescripción. Resaltó que la entidad actuó de buena fe acorde a la Ley, por lo que solicita se absuelva de la condena en costas (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 Hora 1:23:39).

En el recurso de PROTECCIÓN S.A. su apoderada pide que se revoque parcialmente la decisión, por considerar que la Ley establece los descuentos para gastos de administración, seguros previsionales y fondo de solidaridad, por lo que ordenar su devolución con cargo a los recursos de la entidad constituye una sobre carga a la misma y un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y del RPM, pues se está desconociendo la administración de los mismos con la consecuente generación de rendimientos financieros, labor que debe ser reconocida, mientras que el monto de los seguros previsionales se trasladaron a una aseguradora que es un tercero de buena fe, la cual cubrió los riesgos asegurados de invalidez y muerte durante la afiliación de la actora. Resaltó que no existe soporte normativo que autorice el traslado cuando la demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad pensional. Pide se estudie la efectividad del traslado al haberse efectuado este en el año 2000 luego de un periodo sin cotización durante 8 años, por lo que podría entenderse como una nueva afiliación. Finalmente, solicitó no ser condenada en costas (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 Hora 1:34:32).

La apoderada de COLPENSIONES también presentó apelación, en que solicita se revoque la decisión, en cuando considera que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional, sin presión ni coacción alguna, por lo que fue libre, voluntaria y espontánea, sin que sea dable proteger una mera expectativa dada la escasa densidad de semanas cotizadas en el RPM. Agregó que en interrogatorio de parte se evidenció que la actora recibió toda la información pertinente para su afiliación al RAIS, sin que manifestara inconformidad alguna antes de 2019, encontrándose en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 Hora 1:39:43).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le 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 la demandante tenía 39 años de edad y había cotizado 591,57 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 7 años, 9 meses y 18 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver archivo 01 folios 22 y archivo 03 folio 1).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en carpeta 04 archivo 05.

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 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

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

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

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

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 indicó que para el momento de su traslado estaba iniciando labores en el Colegio Abraham Lincoln, cuando llegaron asesores de PORVENIR y en una reunión de 50 personas les dijeron los beneficios de dicho fondo, como que no tendrían los problemas de atención que se presentaban con el ISS, entidad que tenía muy mala imagen para la época, que en el fondo privado tendrían rendimientos financieros, por lo que procedieron a la afiliación de todos los profesores con el *aval* del colegio. Su posterior traslado a PROTECCIÓN S.A., se debió a *política* de la institución, sin que mediara asesoría alguna, pues se limitó a la suscripción del formulario (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 Min. 16:12).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia o los posteriores traslados en dicho régimen y que 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*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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 incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de PROTECCIÓN S.A. (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 1993⁵, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades extra y ultra petita de las que está investido la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración debidamente indexados por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

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

⁵ *“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”.*

EXP. 39 2019 00690 01
Martha Susana López Van Meek Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

Finalmente, se confirmará la condena en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestaciones en carpeta 04 archivo 02 y carpeta 06 archivo 02 folios 1 a 22)

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

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

RESUELVE

1. **CONFIRMARLA** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 39 2019 00690 01
Martha Susana López Van Meek Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado