REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29-2019-00791-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **JESSICA FERNANDA GIRÓN SÁNCHEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.049.635.136 y tarjeta profesional No. 368.140 del C.S de la J como apoderada sustituta de la AFP PORVENIR, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y Colpensiones y, del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad e ineficacia de la continuidad en la vinculación al RAIS con las demandadas PORVENIR y COLFONDOS, toda vez que carecen de validez por existir un vicio del consentimiento, al no haber sido asesorado conforme a la ley; que se declare valida la voluntad del actor de estar afiliado a COLPENSIONES; que se ordene a COLFONDOS y PORVENIR trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados; se ordene a COLPENSIONES a recibir el traslado de régimen y los dineros que le sean trasladados, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita. (fls. 47 a 48).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de diciembre de 1956; que cotizó con Ferrocarriles Nacionales desde agosto de 1983; que cotizó a la AFP PORVENIR desde el 05 de mayo de 1994; que en febrero de 2000 se trasladó a la AFP COLFONDOS; que la afiliación a la AFP PORVENIR se realizó sin que se le brindara una información clara, oportuna y confiable; que no le informaron antes del 28 de diciembre de 2008 (fecha para la cual le faltaban menos de 10 años para pensionarse) que debía trasladarse al RPMPD; que solicitó el traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 43 a 47).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 1; negó el 2° y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 75 a 82).

Por su parte, **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 4 y 9; dijo que el 13 no era un hecho; manifestó no constarle el 2, 3, 5, 6, 7, 8, 14, 15, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 37, 40, 41 y 42 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, inexistencia de perjuicios y la genérica. (CD fl. 75).

Finalmente, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A**., se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos aceptó el 1 y 34, manifestó no constarle el 2, 4, 9, 10, 11, 22, 23, 24, 26, 27, 28 y 30 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 103 a 126).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *del traslado del régimen pensional que hiciere el señor* ***GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE*** *identificado con C.C. N° 19.321.988, ante la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *el 25 de mayo de 1994 con fecha de efectividad 01 de junio*

de 1994, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, ***DECLARAR*** *que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

SEGUNDO: ORDENAR *a* ***COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS*** *a devolver a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante* ***GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE*** *, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

TERCERO: ORDENAR *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *a recibir de* ***COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

CUARTO: SIN CONDENA *en costas.*

QUINTO: CONSULTAR *la presente sentencia en caso de no ser apelada por la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,*** *en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS." (fls. 145 a 146)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el presente caso como lo ha reiterado la CSJ debe estudiarse desde la ineficacia del traslado por falta de información al momento del traslado. Que el deber de información se debe revisar a la fecha del traslado, pues el deber de información ha venido evolucionando. Que no es suficiente con el formulario de afiliación. Que no hay lugar a devolver las cuotas de administración. Que no se debe condenar en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpone recurso de apelación argumentando que se debe condenar a las demandadas a devolver a COLPENSIONES las cuotas de administración como quiera que la declaratoria de ineficacia hace que las

cosas vuelvan a su estado anterior, por lo que debe devolverse el 100% de los aportes más los rendimientos, sin hacer ningún descuento.

Por su parte, la **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que se debe adicionar la sentencia proferida en primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR y COLFONDOS la devolución al RPMPD de los gastos de administración, pues se debe tener la afiliación al RAIS como si nunca se hubiese celebrado.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor **Gustavo Adolfo Torres Duarte**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR, en el año 1994 (fl. 36) y, posteriormente a la AFP COLFONDOS el 16 de marzo de 2000 (fl. 21), entidad ésta última en la que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Gustavo Adolfo Torres Duarte, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor. No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP PORVENIR, es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que en el año 1994 que se trasladó a la AFP PORVENIR no recibió ningún tipo de asesoría.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad,

por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno como lo indica Colpensiones en sus alegatos, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994,** resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

Ahora bien, conforme lo apelado por la parte demandante y Colpensiones se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de la AFP PORVENIR y COLFONDOS, los que deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados****, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.
Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos tanto por la AFP COLFONDOS como por la AFP PORVENIR, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes, rendimientos, y bonos pensionales.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender

lo descontado por concepto de **gastos de administración** y que la AFP PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración**,** durante la vigencia de la afiliación del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 37-2019-00221-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CLARA INÉS ROBLEDO VELEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y, del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP SKANDIA.

ANTECEDENTES

La señora CLARA INÉS ROBLEDO VÉLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la

nulidad del traslado de la actora del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; que se declare la nulidad de los traslados horizontales; que se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPMD sin solución de continuidad. Como consecuencia, solicita se condene a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus rendimientos financieros, bonos pensiones y comisiones por administración; se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 3 a 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 02 de febrero de 1964; que el 11 de abril de 1985 se afilió al ISS ahora COLPENSIONES; que para el 01 de abril de 1994 se encontraba afiliada al ISS; que el 18 de octubre de 1994 se trasladó a COLFONDOS; que la afiliación se hizo efectiva a partir del 01 de noviembre de 1994; que el asesor le indicó que al trasladarse al RAIS podría pensionarse a la edad que ella escogiera y con una mesada superior; que no le brindó la información necesaria al momento del traslado; que el 04 de septiembre de 1996 la demandante se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR; que dicho traslado se hizo efectivo a partir del 01 de noviembre de 1996; que el asesor le informó que al trasladarse de AFP dentro del RAIS recibiría mejores rendimientos; que tampoco al momento de este traslado se le brindó la información necesaria; que el 03 de mayo de 2005 se trasladó a la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS; que el traslado se hizo efectivo a partir del 01 de julio de 2005; que el asesor le manifestó que en ese fondo recibiría mejores rendimientos; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que desde el momento en que la actora se trasladó al RAIS ningún asesor se comunicó con ella para asesorarla y advertirle del error que había cometido; que solicitó su traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable. (fls. 4 a 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 2, 6, 28 y 38, dijo que era parcialmente cierto el 29, 31 y 33; negó el 30, 32 y 34 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fls. 78 a 119).

Por su parte, **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1 y 6; negó el 5, 7, 8, 9, 10 11, 12, 13, 14, 15 y 16 y, dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, 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, compensación, pago y la genérica. (fls. 235 a 252).

De otro lado, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos aceptó el 1, 3, 24, 25, 26 y 33, negó el 2, 36 y 37, dijo que el 4° no era un hecho y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fls. 261 a 273).

Finalmente, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos aceptó el 1, 18, 19, 20, 25 y 26, negó el 21, 22, 23, 24 y 34 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 297 a 324).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO*** *de traslado que efectúo la demandante señora* ***CLARA INES ROBLEDO VELEZ*** *del Régimen Solidario de Prima Media con prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con solidaridad administrado por* ***COLFONDOS S.A.,*** *que tuvo como fecha de suscripción el 18 de octubre de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva; en consecuencia DECLARO válida la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada* ***SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS,*** *a transferir a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, de conformidad con la parte motiva de la decisión.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER*** *a PORVENIR S.A. de las pretensiones invocadas en el presente proceso.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *a la demandada COLFONDOS S.A. en costas a favor de la demandante, por secretaría tásense, como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV.*
>
> ***SEXTO:*** *Se ordena remitir el proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de* ***COLPENSIONES****, de conformidad con los (sic) expuesto en la parte motiva de esta decisión." (fls. 145 a 146)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que son las AFP quienes tienen la obligación de probar que brindaron la información necesaria al momento del traslado, sin importar si eran beneficiarios del régimen de transición o si tenían o no un derecho adquirido.

Que se allegó el formulario de afiliación de la afiliación al RAIS y de los diferentes traslados horizontales. Que con el formulario de afiliación a lo sumo se acredita la voluntad del afiliado pero no se demuestra que se le brindó la información clara y suficiente al momento del traslado. Que el demandante no confesó haber recibido la información necesaria al momento del traslado. Que no se puede entender saneada la falta de información con los traslados horizontales. Que se debe ordenar la devolución de aportes más rendimientos pero no de los gastos de administración, pues a la entidad en la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante no se le pueden imponer las consecuencias jurídicas de otra entidad, pues no fue ella con quien se realizó el traslado inicial, por lo que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que debe tenerse en cuenta conforme el artículo 1495 del C.C. que el afiliado no puede desconocer que también tiene obligaciones con la AFP a la cual se afilió como informarse en debida forma como lo estipula los deberes del consumidor. Que no la demandante debía adquirir una información de manera autónoma. Que no se puede alegar ignorancia por haber omitido la AFP la información cuando esta información está en la ley. Que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Que la demandante lleva 27 años realizando cotizaciones en el RAIS, por lo que si existió algún vicio ya quedo saneado con el transcurso del tiempo. Solicita se confirme la absolución de las costas procesales. Y que en caso de confirmarse la ineficacia se acceda a la devolución de los gastos de administración con el fin de evitar un detrimento para COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora

Clara Inés Robledo Vélez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS, en el año 1994 (fl. 48), posteriormente a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 04 de septiembre de 1996 (fl. 43) y, finalmente a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS el 03 de mayo de 2005, entidad ésta última en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que tal y como lo manifestó el fallador de primera instancia, se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte de la afiliada del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento

profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Clara Inés Robledo Vélez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de a actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a

la actora. No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

De igual manera y si bien como lo indica Colpensiones en su recurso, a la afiliada también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados. Y es que el hecho de que la información se encuentre en la Ley no exonera a las AFP de su obligación de brindar la información necesaria al momento del traslado.

Así mismo, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP COLFONDOS, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Tampoco se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando

que en el año 1994 que se trasladó a la AFP COLFONDOS sólo se le manifestó que el ISS se iba acabar y que su podía pensionar a cualquier edad y con un monto superior.

Adicionalmente, se reitera que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

No pudiendo tampoco COLPENSIONES alegar en sus alegatos la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno como lo pretende COLPENSIONES en sus alegatos, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa

toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

Ahora bien, conforme lo apelado por Colpensiones se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de las diferentes AFP dentro del RAIS, los que deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

> *También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados****, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral SEGUNDO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos tanto por la AFP SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS como por la AFP PORVENIR y la AFP COLFONDOS, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes, rendimientos, y bonos pensionales. Se revocará la absolución frente a la AFP PORVENIR, por lo que se revocará el numeral cuarto de la sentencia, pues la AFP PORVENIR también deberá devolver las sumas descontadas a título de gastos de

administración durante el tiempo que la actora estuvo afiliada en dicha entidad.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración** y que la AFP PORVENIR, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS deben trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración**,** durante la vigencia de la afiliación de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia apelada.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 17-2019-00203-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JEANNETTE RODRÍGUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

La señora JEANNETTE RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de su vinculación al RAIS efectuada a través de la AFP COLFONDOS. Como consecuencia, se condene a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a que acepte la nulidad del traslado; se condene a la AFP PORVENIR a retornar a la demandante al RPMPD y a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la actora, junto con los gastos de administración; se condene a COLPENSIONES a aceptar el retorno de la demandante como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 4 a 6).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ha prestado sus servicios como empleada de la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE BOGOTÁ; que estuvo vinculada al RPMPD hasta el 09 de septiembre de 1997; que suscribió vinculación al RAIS a través de la AFP COLFONDOS; que la AFP COLFONDOS a través de sus asesores le indicó que no perdía los beneficios al trasladarse al RAIS; que posteriormente, se trasladó a la AFP PORVENIR, fondo en el que se encuentra actualmente; que nunca se le informó sobre los riesgos que tenía al trasladarse al RAIS, ni le suministraron una información idónea para asumir una determinación objetiva; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable. (fls. 1 a 4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 2 y 47; negó el 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 48 y manifestó no constarle los demás.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fl. 115 a 135).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A**., se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos negó el 8, 9, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fls. 184 a 212).

Finalmente, **COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos aceptó el 17, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46; negó el 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, y 25 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó buena fe, compensación, pago y la genérica. (fls. 236 a 246)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO y PRESCRIPCIÓN, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que el traslado de la señora JEANNETTE RODRÍGUEZ identificada con la C.C. 39.525.963, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado en su momento por COLFONDOS S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** que la señora JEANNETTE RODRÍGUEZ se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación de la demandante, sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.*

CUARTO: ORDENAR *a la administradora de fondos de pensiones* ***PORVENIR S.A.*** *trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado de la Sra. JEANNETTE RODRÍGUEZ como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus frutos e intereses, incluyendo los rendimientos que se hubieren causado y devolver también los gastos de administración los cuales deberán ser asumidos por PORVENIR S.A. de su propio patrimonio.*

QUINTO: CONDENAR A COLFONDOS S.A *también a devolver los gastos de administración o comisiones que en su momento descontó de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales también deberán ser asumidos por COLFONDOS S.A. de su propio patrimonio.*

SEXTO*:* ***ORDENAR A COLPENSIONES*** *recibir ese traslado de fondos a favor de la demandante que efectúen las codemandadas COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A., y a convalidarlos en la historia laboral de la demandante.*

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS *a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de $ 900.000 M/Cte.*

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA *de esta sentencia, a favor de COLPENSIONES. Remítase el expediente al Superior una vez concluya la audiencia…" (fls. 556 a 558)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y que el presente caso no encaja dentro de los presupuestos de la Corte Constitucional para que el afiliado pueda trasladarse de régimen en cualquier tiempo- Indica que la AFP omitió el deber legal de brindar una información clara, suficiente y oportuna. Que obra formulario de afiliación sin que se pueda establecer de él; que se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado al RAIS. Que se debía revisar la situación individual de la afiliada. Que no se puede derivar confesión del interrogatorio de parte rendido por la actora. Que se debe ordenar la devolución de los gastos de administración.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** recurrió señalando que se debe revocar la sentencia

en cuanto a los gastos de administración. Que como quedó demostrado el traslado inicial se realizó con COLFONDOS S.A. Que no se probó que haya tratado de impedir u obstaculizar la afiliación de la demandante, por el contrario lo que hizo fue brindarle una asesoría diferente haciendo uso de esa libertad de escogencia. Que lo que hizo fue un traslado horizontal. Que con el traslado se dio un acto de relacionamiento. Que no se podía negar a realizar la afiliación de la demandante. Que en el régimen de prima media también se debe disponer de un porcentaje para cubrir los gastos de administración. Que los gastos de administración no forman parte de la pensión de vejez por lo que si se ven afectados por el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, la **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que el deber de información ha tenido varias etapas, por lo que éste deber debe ser valorado bajo la normatividad vigente al momento del traslado. Que se debe juzgar con las normas preexistentes. Que la demandante de manera libre, voluntaria y sin presiones decidió acogerse al RAIS. Que la demandante hizo actos de relacionamiento de los cuales se puede colegir que tenía la intención de seguir en el RAIS, como lo explica la sentencia de descongestión. Solicita se revoque la condena impuesta por agencias en derecho. Que a la demandante no se le puede aceptar el traslado, pues está incursa en la prohibición legal de la Ley 797, pues le faltaban menos de 10 años para salir pensionada.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora **Jeannette Rodríguez**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en el año 1997 (fl. 42), así como el traslado posterior que realizara dentro de dicho régimen a la AFP BBVA HORIZONTE hoy AFP Porvenir S.A. el 16 de mayo de 2002 (fl. 213), siendo ésta última entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener

la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Jeannette Rodríguez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular*

Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender como lo pretende COLPENSIONES, ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este o por los traslados horizontales dentro del RAIS, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por COLFONDOS S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1997, por lo que es necesario

resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron es que el ISS se iba acabar; que podía perder sus aportes y que el fondo privado era mejor, pues se podía pensionar antes de los 50 años de edad o podían pedir el dinero que tuvieran.

De igual manera, y si bien al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es, que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que un afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la información exigida al momento del traslado y no con posterioridad a él.

En cuanto a las sentencias de la sala de casación laboral de la CSJ en su Sala de descongestión N° 4, SL 2440-2021, SL 1061-2021, SL 3752-2020 y SL 4934-2020 entre otras, en las cuales se habla de actos de relacionamiento entre los que se refiere a los traslados horizontales dentro del RAIS, esta Sala de Decisión no acoge su criterio, como quiera que la sala de descongestión no puede hacer cambios en la jurisprudencia de la CSJ. Además porque dichas sentencias han venido siendo revocadas por la Corte Suprema de Justicia al ser objeto de acciones de tutela entre otras en la STP 15228-2021 en la que se señaló de manera clara que se amparaba el derecho fundamental del accionante como quiera que la Sala de Descongestión con su decisión estaba desconociendo el precedente jurisprudencial de la CSJ y ordenó a la Sala de Descongestión resolver nuevamente el recurso de

casación, pues la postura que mantiene actualmente la CSJ es la sentada de manera reiterada entre otras en la sentencia SL3199-2021 en la que señaló que con los traslados horizontales no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado inicial.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que contrario a lo manifestado por la AFP Porvenir tanto en su recurso como en sus alegatos, no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto al argumento de Colpensiones respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP, aclarando que la ponente recoge cualquier criterio que al respecto haya sostenido en contrario.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el

valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29-2019-00491-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA LUDIBIA MELO SOLER

DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes y, del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 13 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA LUDIBIA MELO SOLER por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el señor MANUEL ANTONIO MAYORGA MARTÍNEZ dejó causado el derecho de pensión de sobreviviente con sus cotizaciones efectuadas en el régimen de prima media con prestación definida en aplicación del principio de la condición más beneficiosa; que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente desde el 06 de abril de 1998 fecha del fallecimiento del señor MAYORGA MARTÍNEZ. Como consecuencia, solicita se CONDENE a COLPENSIONES al pago de la pensión de sobreviviente desde el 06 de abril de 1998, junto con los intereses moratorios y las costas procesales. (fls. 25 a 26).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Manuel Antonio Mayorga Martínez (q.e.p.d.) falleció el 06 de abril de 1998; que al momento del deceso se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social en el RPMPD administrado por el ISS; que había cotizado antes del 01 de abril de 1994 más de 300 semanas; que convivió en vida con la señora MARÍA LUDIBIA MELO SOLER en calidad de compañeros permanentes desde el 02 de junio de 1992 hasta el momento de su fallecimiento; que la actora solicitó ante el ISS el reconocimiento de una pensión de sobreviviente para ella y su hija, lo cual le fue negado mediante la Resolución N° 007858 del 2000 bajo el argumento de que el causante no cumplió con los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y se le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente; que en la actualidad su hija tiene más de 25 años. (fls. 17 a 18).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle los numerales 4, 5, 6 y 12 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y

título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, buena fe, prescripción y declaratoria de otras excepciones. (fls. 35 a 38).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que a la señora MARÍA LUDIBIA MELO SOLER, le asiste el derecho a que la demandada COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de sobreviviente del causante MANUEL ANTONIO MAYORGA MARTÍNEZ, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, la cual debe ser reajustada de conformidad con la ley.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante MARÍA LUDIBIA MELO SOLER, a partir del 06 de abril de 1998 en cuantía inicial de un (01) SMLMV, y por 14 mesadas al año, suma que deberá ser reajustada conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a pagar a la demandante MARÍA LUDIBIA MELO SOLER la suma de* ***cincuenta y siete millones seiscientos ochenta mil ochocientos veintisiete pesos ($57.680.827),*** *por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 29 de agosto de 2016 al 30 de septiembre de 2021, cifra de la cual la entidad descontará lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El retroactivo pensional adeudado deberá ser indexado a la fecha de su pago efectivo.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR PROBADA*** *la excepción de prescripción propuesta por la demandada COLPENSIONES, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 29 de agosto de 2016, de conformidad con la parte motiva.*
>
> ***QUINTO:*** *AUTORIZAR a COLPENSIONES, para que las sumas que deba pagar como consecuencia de esta decisión, descuente lo pagado por indemnización sustitutiva, tanto a la demandante como a la tercera ad excludendum.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandada COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de un (01) SMLMV.*
>
> ***SÉPTIMO: ABSOLVER*** *a la demandada COLPENSIONES, de las demás pretensiones.*
>
> ***OCTAVO: CONCEDER*** *el Grado jurisdiccional de Consulta a favor de la demandada COLPENSIONES de conformidad con el inciso tercero, artículo 69 delñ CPT y SS." (fl.121)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el causante falleció el 06 de abril de 1998 por lo que la normatividad aplicable es el artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original. Que se puede aplicar en virtud del principio de la condición más beneficiosa el Acuerdo 049 de 1990. Que el causante cumple los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, pues alcanzó a cotizar 300 semanas en cualquier tiempo. Que COLPENSIONES no discutió la calidad de beneficiaria, pues

hasta le había pagado una indemnización sustitutiva, por lo que se debe CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a la demandante.

En cuanto a la señora DEISY MAYORGA MELO MARTÍNEZ hija del causante señaló que no hay lugar a impartir condena como quiera que las mesadas a las que tenía derecho se encuentran prescritas.

Indicó que a la actora se le debía pagar la pensión desde el 29 de agosto de 2016, pues las mesadas causadas con anterioridad se encuentran prescritas. Señala que la pensión se debe reconocer en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y en 14 mesadas al año. Que se deben pagar las mesadas adeudadas de manera indexada, pues no procede el reconocimiento y pago de intereses moratorios, pues se reconoció la pensión en aplicación de un criterio jurisprudencia. Se autoriza a COLPENSIONES para que descuente las sumas pagadas a título de indemnización sustitutiva. Y finalmente, se condena a COLPENSIONES en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que se debe revisar la prescripción declarada como quiera que la demanda no se radicó el 29 de agosto de 2019 como lo dijo la falladora de primera instancia sino el 09 de agosto de 2019, por lo que se deben declarar prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 09 de agosto de 2016. Solicita se calcule nuevamente el retroactivo. Indica que se debe condenar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, como quiera que ha sido pacifica la jurisprudencia en que se señala que son resarcitorios y no sancionatorios y que opera cuando la pensión no se reconoce en los plazos establecidos. Afirma que no se debe autorizar a COLPENSIONES que descuente las sumas pagadas por concepto de indemnización sustitutiva, pues no propuso la excepción de compensación y menos que se deba ordenar su devolución de manera indexada. Que estas sumas deben entenderse que se recibieron de buena fe.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que se debe tener en cuenta la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU 05 de 2018 la cual impide aplicar normas anteriores a la Ley 100 de 1993 para evitar que se vea afectada la sostenibilidad financiera. Que el actor no cotizó las 26 semanas dentro del año inmediatamente al fallecimiento como lo exige la Ley 100 de 1993. Que el señor MAYORGA no dejó causado el derecho para sus beneficiarios. Que la condición más beneficios sólo aplica para las personas que fallecieron entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, por lo que a todas luces se demuestra que no se dejó causado el derecho. Que se debe tener en cuenta que se les pagó una indemnización sustitutiva por lo que no tienen derecho a la pensión de sobreviviente, por lo que se debe absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por ambas partes, la sala determinará en **apelación como en consulta** si hay lugar a condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la prestación pensional reclamada.

No fue objeto de reproche la fecha de defunción del señor Manuel Antonio Mayorga, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 06 de abril de 1998 (fl. 3), como tampoco que la señora María Ludibia Melo Soler, ostentó la calidad de compañera permanente del causante desde el 02 de junio de 1992 hasta la fecha de su fallecimiento, lo cual se prueba en el plenario, con la declaración extrajuicio rendida por los señores Herminda Godoy Mayorga y Flavio Jairo Ramírez Rivera (fl. 12) quienes señalaron que les consta que la señora María Ludibia convivió en unión libre en forma permanente y bajo el mismo techo con el causante desde el 2 de junio de 1992 al 07 de abril de 1998 fecha del fallecimiento del señor Mayorga; aunado a que mediante acto administrativo resolución N° 007858 de 2000 (fls. 4 a 5), expedida por el entonces ISS, este reconoció la calidad de beneficiaria a la demandante respecto de las prestaciones causadas por el

señor Manuel Antonio Mayorga Martínez, ya que ordenó el pago a su favor de la indemnización sustitutiva por valor de $600.788.

Ahora, como es bien sabido, y tal como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 2057-2022, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, que para el caso bajo estudio corresponde al texto original de la Ley 100 de 1993, normatividad que enlistaba en su artículo 47, como beneficiaria de la pensión de sobreviviente a la compañera permanente, señalaba la norma en cita:

> *"ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
> *a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.*
> *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;*
> *(…)"*

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo**, se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona**, **en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera**.

Conforme lo señalado en precedencia, se observa que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, no ofreció reparo la calidad de beneficiaria de la demandante respecto del señor Manuel Antonio Mayorga Martínez, la que igualmente quedó acreditada en el trámite procesal como ya se indicó.
Sentando lo anterior y en cuanto al requisito de cotización, se tiene que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original prevé:

> *"ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
> *1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*
> *a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*
> *b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*
> *PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley."*

Al respecto, se encuentra que tampoco ofreció reproche que el asegurado Manuel Antonio Mayorga Martínez no alcanzó las 26 semanas de cotización en los lapsos temporales de que trata la normatividad antes citada por lo que la juez de primer grado dio aplicación al principio de la condición más beneficiosa, que en efecto procede para las pensiones de invalidez y sobrevivencia como es el caso bajo estudio, tal y como lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4165-2021, contrario a lo señalado por el apoderado de COLPENSIONES, por lo que para el caso del actor, debe verificarse si acreditó en vida la densidad de cotizaciones exigida por la normatividad **inmediatamente anterior** a la Ley 100 de 1993, como lo era el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990 que indica que para acceder al derecho pensional, es menester acreditar una densidad de cotizaciones de 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha del deceso o **300 en cualquier época.**

Sobre el particular, de la historia laboral expedida por Colpensiones y que fue allegada por la parte demandante, se observa que la última cotización efectuada por el señor Mayorga Martínez al entonces ISS data del 15 de mayo de 1979, de lo que se determina con claridad que no cotizó 150 semanas en los 6 años previos a su deceso que tuvo lugar como se indicó el 06 de abril de 1998; no obstante ello, tal historia da cuenta que cotizó 326.71 semanas en toda su vida laboral, densidad que supera las 300 semanas de que trata la normatividad aplicable a su caso en cualquier tiempo para concluir que contrario a lo señalado por COLPENSIONES, el señor Mayorga Martínez, previo a su deceso dejó causada la prestación reclamada por la demandante.

Siendo necesario precisar, que en el presente caso no hay lugar a pronunciarse frente a la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU 05 de 2018, como lo pretende COLPENSIONES en su recurso, como quiera que en la sentencia Su se estudió si era procedente aplicar el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del principio de la condición más beneficiosa para las personas que su pensión debía estudiarse en virtud de la Ley 797 del 2003, mientras que en el presente caso, la pensión debe estudiarse al amparo de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, por lo que en virtud de la condición más beneficiosa tal y como lo tiene sentado la Sala se aplica el Acuerdo 049 de 1990 por ser la norma inmediatamente anterior.

Intereses moratorios

Sobre este punto y como quiera que la prestación se reconoce en aplicación del principio de condición más beneficiosa ha señalado la jurisprudencia que los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no resultan procedentes en aplicación de dicho principio y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL3784 del 2019, M.P. Clara Dueñas Quevedo:

> *En cuanto a los intereses moratorios, de conformidad con el criterio jurisprudencial predominante de la Sala,* ***en el sub lite no es procedente la condena a ellos, según lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la pensión de***

sobrevivientes se concede con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa. *(negrilla fuera del texto original)*

Y más recientemente reiteró su criterio en la sentencia SL 4165-2021 en la que citó la sentencia SL 1947-2020 señalando que en los casos de aplicación del principio de la condición más beneficiosa no proceden los intereses moratorios dado que la pensión se otorga con fundamento en un cambio de jurisprudencia.

Por lo señalado en precedencia, tampoco le asiste razón al recurrente sobre este aspecto ya que no hay lugar a reconocer los intereses moratorios bajo estudio, debiéndose indexar las mesadas pensionales objeto de condena como lo indicara la decisión de primer grado a fin de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

De otra parte, en cuanto a la autorización emitida por la Juez de primer grado en cuanto a la indemnización sustitutiva reconocida a la aquí demandante en el año 2000, se observa que contrario a lo manifestado por esta parte en su recurso, no se ordenó descontar suma distinta a la ella pagada por el entonces ISS, aunado a ello, tampoco se declaró probada de manera oficiosa la excepción de compensación; no resultando procedente que la parte demandante se beneficie de dos prestaciones como producto de las mismas cotizaciones, ya que de no disponer dicha autorización de descuento, se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa.

Prescripción

En este punto sí le asiste razón a la apoderada de la parte demandante, pues se evidencia que por un lapsus la falladora de primera instancia señaló que se interrumpía la prescripción con la radicación de la demanda, la cual había sido presentada el día 29 de agosto de 2019, sin embargo, al revisar el acta individual de reparto visible a fl. 28 se observa que la demanda fue presentada el **09 de agosto de 2019,** por lo que se deben declarar prescritas teniendo en cuenta el término trienal que rige en materia laboral, las mesadas causadas con anterioridad al **09 de agosto de 2016,** por lo que se

hace necesaria calcular nuevamente el retroactivo pensional de la siguiente manera:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
09/08/16	31/12/16	6,77%	$ 689.455,00	5,73	$ 3.952.875,3
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 737.717,00	14,00	$ 10.328.038,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 781.242,00	14,00	$ 10.937.388,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 828.116,00	14,00	$ 11.593.624,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 877.803,00	14,00	$ 12.289.242,0
01/01/21	**30/09/21**	1,61%	$ 908.526,00	10,00	$ 9.085.260,0
Total retroactivo				**$ 58.186.427,33**	

Una vez efectuadas las operaciones matemáticas con ayuda del Grupo Liquidador se evidencia que COLPENSIONES deberá pagar a la demandante la suma de $58’186.427,33 por las mesadas causadas entre el 09 de agosto de 2016 y el 30 de septiembre de 2021 y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Por los anteriores razonamientos, se modificara el numeral tercero y cuarto de la sentencia apelada y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral tercero de la sentencia recurrida, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la demandante MARÍA LUDIBIA MELO SOLER la suma de **$58’186.427,33** por concepto de las mesadas pensionales causadas entre el 09 de agosto de 2016 al 30 de septiembre de 2021 conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia recurrida, para en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por la demandada COLPENSIONES respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 09 de agosto de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO
Salvo voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 05-2020-332-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: FRANKLIN HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 1 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor FRANKLIN HERNÁNDEZ, demanda a la UGPP, solicitando se declare que fue retirado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desde el 27 de junio de 1999, por haber cumplido más de 20 años de servicio a esa entidad y sin el cumplimiento de 55 años, que su derecho pensional se causó en dicha data, esto es, mucho antes de la vigencia del AL 01 de 2005, que tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio o mesada 14 a partir del 26 de agosto de 2007, data para la cual, alcanzó los 55 años de edad; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la

demandada a liquidar y ordenar el pago de dicha mesada desde el 26 de agosto de 2007, junto con indexación hasta la inclusión en nómina.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero por más de 20 años, siendo terminada su vinculación el 27 de junio de 1999, data para la cual, no había alcanzado los 55 años de edad, que adquirió estatus pensional en dicha data y a través de resolución No. DP 05687 del 30 de octubre de 2007, la demandada reconoció pensión de jubilación a partir del 26 de agosto de 2007, la que inicialmente no fue indexada, corrigiéndose tal yerro en acto administrativo No. 2291 de 2008, que esa entidad suspendió de manera unilateral el pago de la mesada adicional y reclamó el pago de esta ante la demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 3 y 7, negó los No. 4 y 5 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó cobro de lo no debido -inexistencia de la obligación, prescripción, compensación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió CONDENAR a la UGPP al pago de la denominada mesa adicional de junio o mesada 14 a partir de junio de 2017 junto con reajustes legales e indexación, absolvió de las demás pretensiones de demanda y condenó en costas a la demandada.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no se encontraba en discusión que por haber laborado el actor al servicio de la Caja Agraria por más de 20 años le fue reconocida pensión convencional, la que en el 2008, le fuera indexada por el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, que en cuanto al reconocimiento de la mesada 14, el parágrafo primero del artículo 41 de la convención señalada, previó que el trabajador que se retirara del servicio tenía derecho a la pensión allí prevista al llegar a los 55 años de edad y con 20 años de servicios, siendo claro que conforme la lectura de dicha norma, la edad constituía un mero requisito de exigibilidad de la prestación, cuestión que había sido reiterada por la Sala

Laboral de la CSJ y se extraía del sólo tenor literal de dicha norma, siendo deber de la UGPP evitar el desgaste del aparato judicial, ya que se empecinaba en una tesis tozuda en casos análogos.

En ese sentido señaló que la pensión del actor se había causado con la fecha de retiro del servicio de este de la Caja Agraria en el año 1999, siendo irrelevante estudiar lo previsto en el AL 01 de 2005, por cuanto no había lugar a aplicar dicha normatividad para el caso del actor, advirtiéndose conforme la excepción de prescripción que había lugar a declararla probada y cobijaba hasta la mesada del año 2016, ya que la reclamación se había presentado el 6 de noviembre de 2019 y la demanda había sido interpuesta el 5 de octubre de 2020, debiéndose reconocer la mesada pensional a partir de junio de 2017, en las cuantías señaladas en los comprobantes de pago de mesadas pensionales allegadas al plenario para cada anualidad.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad **demandada** señaló que el estatus jurídico de pensionado el actor lo había adquirido en el año 2007, cuando arribó a la edad de 55 años y la Caja Agraria reconoció y reliquidó la pensión del demandante, garantizándole los postulados del artículo 41 de la Convención Colectiva 1998 – 1999 y su respectiva liquidación y la única interpretación que se debía dar al AL 01 de 2005, era concluir que la mesada 14 había desaparecido con dicho acuerdo, adicional a ello, de conformidad con los desprendibles de pago de mesadas pensionales su mesadas era superior a los 3 SMLV.

Solicitó de confirmarse la decisión se estudiara la forma de liquidar la prestación reconocida por cuanto dicha entidad era garante de recursos públicos y en cuanto a la condena en costas, esa entidad no había sido vencida en juicio sino que debía darse por derrotada simplemente porque se debía acoger a los postulados jurisprudenciales y doctrinarios respecto de la mesada 14 y no había obrado de manera temeraria o de mala fe en el ejercicio de su defensa para ser condenada en costas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que como lo indicó el juzgador de primer grado, al actor le fue reconocida pensión de

jubilación prevista en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 de la extinta Caja Agraria.

Al respecto y contrario a lo manifestado por la parte demandada en su recurso y alegaciones, en lo que refiere a la interpretación del parágrafo transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que conforme al criterio que impera en la Sala de Casación Laboral[1], al tratarse la prestación reconocida al actor de una pensión de jubilación regulada por el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 celebrada entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Crédito Público y la organización sindical Sintracreditario, es posible contrastar la prestación que se reclama con lo normado en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, toda vez que para la causación del derecho pensional se requiere cumplir **únicamente con el tiempo de servicios, esto es, 20 años continuos o discontinuos al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero siendo la edad de 55 años en el caso de demandante, simplemente un requisito de exigibilidad, mas no de causación, se reitera.**

Así las cosas y como bien adujo la decisión de primer grado, de la simple lectura del parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo que se analiza, lo que se infiere sin mayor esfuerzo es que convencionalmente no se acordó que junto con el tiempo de servicios el trabajador activo tenía también que cumplir la edad correspondiente, puesto que lo que dice de la norma convencional es que el trabajador que se retira o es retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años en el caso de los hombres o del actor, y 50 en el caso de las mujeres, tienen derecho a la pensión convencional de jubilación una vez cumplan la edad mencionada, siempre y cuando haya reúna el requisito de 20 años de servicios prestados a la institución, tiempo se acredita en el presente caso.
En consecuencia, procede señalar a la demandada que la edad no es más que un requisito habilitante o de exigibilidad que no puede confundirse con la naturaleza de causación de la cual si goza el cumplimiento de tiempo de servicios.

Sentado lo anterior, en lo que respecta al reconocimiento de la mesada No. 14, preciso resulta mencionar que conforme a la fecha en que causó la pensión del señor Hernández, esto es, el 27 de junio de 1999, data para la cual, dejó de prestar sus servicios para la Caja Agraria, se encontraba

[1] CSJ SL289 Rad.62107 del 14 de febrero de 2018, SL526 Rad.63158 del año 2018 y SL5030 de 2019.

vigente la norma que consagra la mesada 14 para todos los pensionados sin excepción alguna, y como lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6473 radicado 60193 de 2014, oportunidad en que señaló; "*Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, por manera que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.*"

Conforme lo anterior, es clara la procedencia del reconocimiento de la mesada adicional reclamada por el demandante, con independencia del valor de la misma, ya que se itera para la fecha de causación del derecho, año 1999, dicha mesada se encontraba vigente para **todos** los pensionados.

En cuanto al término prescriptivo, aspecto que se revisa en **consulta**, es bien sabido que el derecho pensional objeto de discusión al interior del presente proceso es imprescriptible, no así, sobre las mesadas pensionales que se causen con ocasión al reconocimiento de la prestación y que no sean reclamadas en el término de tres años siguientes a su causación, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Por lo anterior, en el presente caso a folio 12 del plenario se observa que el actor reclamó reconocimiento de mesada adicional ante la demandada el 6 de noviembre de 2019, radicando esta acción judicial el 5 de octubre de 2020, razón por la cual, se encuentran afectadas del fenómeno prescriptivo, las mesadas pensionales adicionales causadas antes del 6 de noviembre de 2016, no habiendo lugar a modificar la decisión en este aspecto al resultar más favorable a la demandada la fecha en que se dispuso tal reconocimiento de mesada adicional en la decisión de primer grado y atendiendo al grado de consulta en que se estudia esta decisión.

En cuanto a la liquidación de la mesada pensional, se observa que tal aspecto no fue objeto de debate en el trámite procesal, el que se circunscribió únicamente al reconocimiento de la mesada adicional por lo que no hay lugar a acceder a tal petición elevada por la entidad recurrente y como quiera que la decisión de primer grado señaló que la cuantía de la mesada adicional se ajustaría a las sumas que viene recibiendo del demandante por tal concepto.

Por último, no hay lugar a variar la condena en costas teniendo en cuenta que en efecto la demandada fue vencida en juicio al no prosperar las excepciones por ella propuestas, en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP, habiendo lugar a **confirmarse** la sentencia en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en la parte pertinente de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 15-2019-00537-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SONIA CASTAÑEDA PERALTA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de marzo de 2021. Proceso que pasó al Despacho por ponencia derrotada al H.M. Lorenzo Torres Russy.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora SONIA CASTAÑEDA PERALTA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que

Colpensiones la indujo en error a efectos de obtener el traslado pensional al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, se ordene la nulidad del contrato de afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, en consecuencia, se ordene a Protección S.A., reactivar la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y a Colpensiones a girar la totalidad de los dineros recaudados por concepto de cotizaciones al sistema general de pensiones y sus respectivos rendimientos y se condene en costas procesales y agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita. (fls. 6 a 7).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 14 de mayo de 1961, que inició a cotizar en el sistema general de seguridad social régimen de ahorro individual con solidaridad, que ha aportado al sistema general de pensiones así: en el RAIS 277 semanas cotizadas, en Colpensiones 426 semanas cotizadas, para un total de 705 semanas; que el 17 de marzo de 2008 firmó el formulario de afiliación al ISS hoy Colpensiones faltándole menos de 2 meses para cumplir 47 años de edad, así mismo, mencionó que el ISS hoy Colpensiones mediante artificios y falsa información la convenció de trasladarse al régimen de prima media con prestación definida con la promesa que obtendría una pensión de vejez con un monto superior al que le reconociera Protección S.A. y sin brindarle información clara sobre las ventajas y desventajas de realizar el traslado. (fls. 2 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó parcialmente el 9, dijo no constarle el 16 y 17, negó el 11, 15 y 20 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia del derecho y de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobo de lo no debido y buena fe. (fls. 43 a 49).

Por su parte, **la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó ser cierto el 1, 16 y 21, negó el 4 y el 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa y título para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, inexistencia de la obligación de devolver el pago del seguro previsional cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (CD fl. 72).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER*** *de todas y casa de las pretensiones invocadas en la presente acción por la señora* ***SONIA CASTAÑEDA PERALTA*** *a las demandadas* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN,*** *en estos términos declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por estas dos demandadas conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *en costas a la parte actora para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a UN (1) SMLMV a favor de cada una de las partes demandadas y a su cargo.*
>
> ***TERCERO:*** *Si la presente providencia no fuere impugnada, y dado el resultado desfavorable para la señora demandante, se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta." (fls 93 a 95)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que atendiendo lo dispuesto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto a la libertad y voluntariedad en la afiliación, el deber que tenían los fondos de informar al momento del traslado lo correspondiente a las características y particularidades de los regímenes para que este fuera válido y lo señalado

frente a la carga de la prueba, se señaló que ni Protección S.A. ni Colpensiones cumplieron con este deber de información, por lo que la afiliación a ambos devendría en ineficaz, máxime que ambos formularios no habían sido suscritos por la demandante, ya que le hicieron la firma (escribieron su nombre), sin embargo, como la misma actora debía estar afiliada a uno de los regímenes correspondía entonces determinar cuál había sido su voluntad, teniendo en cuenta para ello, el único documento que ella reconoció que suscribió correspondiente al "formulario de reasesoria pensional efectuado el 18 de marzo de 2008" en el que se le indicaba sobre la devolución de saldos a los 57 años y allí se le preguntaba cuál era su decisión a lo que se registró trasladarse al ISS, refiriendo que de las pruebas allegadas, entre ellas, el expediente administrativo y lo referido por la apoderada de Colpensiones, se podía colegir que lo que aparentemente había ocurrido, era que la demandante había recibido la reasesoria y allí se le indicó que no iba a tener una pensión sino una devolución de saldos a los 57 años, por lo que posteriormente se fue a afiliar al ISS, de manera que la voluntad real había sido afiliarse al ISS, puntualizando frente al traslado al RAIS, que teniendo en cuenta lo antes mencionado, no estaba previsto que según la conveniencia y/o circunstancias particulares en forma reiterativa o periódica la demandante se trasladara entre uno y otro modelo, al punto que al habérsele negado la indemnización sustitutiva se decidiera devolver al RAIS, ya que había unos presupuestos para permanecer en un régimen debiendo acogerse en su integridad a los mismos.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **parte actora**, solicitó la revocatoria de la sentencia, mencionando que no se compartía la decisión por cuanto la argumentación estaba basada en inferencias, pues si bien existía un formulario firmado por su representada también lo era que la demandante manifestó que esa supuesta reasesoria no se efectuó con información veraz, eficaz y pertinente, no siendo acertado entrar a suponer que si se hizo, pues lo único que se

desprendía de dicho medio probatorio era que el mismo estaba debidamente firmado por su representada, sin embargo, la demandante bajo la gravedad de juramento manifestó que no tenía el conocimiento y lo que hizo fue simplemente llenar formas y firmar tal cual se lo exigía el empleador por medio de los señores de recursos humanos, resaltando que en ningún momento se efectuó asesoría, pues de esto no se allega prueba, en ese orden de ideas, y como quiera que se faltaron a todos los presupuestos de orden legales y constitucionales no se estaba de acuerdo con los argumentos expuestos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora Sonia Castañeda Peralta, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Prima Media con prestación Definida, mediante formulario suscrito con el Seguro Social hoy COLPENSIONES el 17 de marzo de 2008 (fl. 26), lo cual además confesó en el hecho 12 de su demanda, entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es, que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Sonia Castañeda Peralta, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2008; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLPENSIONES, al ser la entidad que promovió el traslado de la actora proveniente del RAIS, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no

obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de COLPENSIONES.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*
>
> *(ii)* ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a COLPENSIONES, no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

Y es que la demandante en ningún momento confesó haber recibido la información en los términos señalados por nuestra CSJ, pues al escuchar el interrogatorio de parte que absolvió la señora Sonia Castañeda Peralta, se evidencia que únicamente manifestó que su empleador le había suministrado los formularios de afiliación, pero que nunca estuvo presente un asesor de COLPENSIONES ni recibió ninguna asesoría; lo cual no es suficiente para entender que a la demandante se le brindara la información necesaria al momento del traslado, pues nótese que nada se le dijo sobre las características y diferencias de cada régimen, ni que necesitaba para pensionarse en cada uno de ellos, ni tampoco si existía alguna desventaja al trasladarse de régimen, ni siquiera se observa que se le haya estudiado su situación particular, por lo que no puede entenderse que COLPENSIONES cumplió con su obligación de brindar una asesoría a la demandante al momento del traslado al RPMPD.

Tampoco puede entenderse que la demandante conocía las características de cada régimen por haber recibido una reasesoria por parte de la AFP

PROTECCIÓN en marzo de 2008, pues independientemente de la asesoría brindada por PROTECCIÓN, lo cierto es que era obligación de COLPENSIONES brindarle la información en los términos señalados por la CSJ, lo cual no se probó que se hubiese realizado.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RPMPD por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la parte demandante que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por COLPENSIONES, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 2008 el cual confesó haber firmado en el hecho 12 de la demanda, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como ya se dijo, pues únicamente reiteró lo expuesto en el libelo inicial.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RPMPD en el año 2008,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por el Juez de conocimiento, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RPMPD efectuado por la señora Sonia Castañeda Peralta al Seguro Social hoy COLPENSIONES, ordenándole a esta, efectuar el traslado de los dineros depositados por la demandante a órdenes de la AFP PROTECCIÓN, junto con los dineros descontados por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Señalando además respecto de los gastos de administración, que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término

prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante **Sonia Castañeda Peralta**, efectuó del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida el 17 de marzo de 2008, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES, a trasladar a órdenes de la AFP PROTECCIÓN y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante **Sonia Castañeda Peralta**, con motivo de la afiliación al régimen de prima media junto con los gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN a aceptar el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 22-2019-00444-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BELKIS EUGENIA ALVAREZ MEDINA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y tarjeta profesional No. 373.906 del C.S de la J como apoderado sustituto de la AFP PORVENIR, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.713.048 y tarjeta profesional No. 67.612 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la

Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES y la AFP PROVENIR.

ANTECEDENTES

La señora BELKIS EUGENIA ALVAREZ MEDINA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE que la AFP PORVENIR al realizar su traslado el 27 de mayo de 1994 no cumplió con su deber de ofrecer a su afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional. Como consecuencia, solicita se DECRETE la nulidad del traslado al RAIS con la AFP PORVENIR S.A.; ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a la demandante al RPMPD con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS; ordenar a COLPENSIONES aceptar el traslado de la actora al RPMPD; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias solicitó se declare la ineficacia del traslado. (fls. 81 a 83 archivo 2019-444).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 17 de marzo de 1968; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 51 años de edad; que de acuerdo con la historia laboral expedida por COLPENSIONES la actora se vinculó con el empleador PRESENCIA LABORAL el 17 de enero de 1989 efectuando aportes al ISS hoy COLPENSIONES; que el 27 de mayo de 1994se

trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A.; que atendiendo las recomendaciones del ejecutivo de Cuenta y sin que mediara la debida asesoría se trasladó al RAIS convencida de que no tendría ninguna incidencia negativa en su futuro pensional; que actualmente se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR S.A.; que ha cotizado un total de 1165 semanas; que solicitó su traslado ante las demandadas sin obtener una respuesta favorable. (fls. 84 a 89 archivo 2019-444).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 8, 14, 15 y 16, dijo no constarle el 2, 3, 19 y 203, 10, 11, 12, 13 y 18 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 217 a 237 archivo 2019-444).

Por su parte, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4, 8, 10, 11, 12, 13, negó el 21, dijo que el 18, 19 y 20 no era un hecho y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la genérica. (fls. 266 a 307 archivo 2019-444).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *del traslado efectuado por* ***Belkis Álvarez Medina CC.51.924.121*** *al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido 27 de mayo de 1994, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO****:* ***ORDENAR*** *a* ***PORVENIR S.A****, fondo al que se encuentra afiliada* ***Belkis Álvarez Medina CC.51.924.121*** *a trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *– los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicado en esta providencia*
>
> ***TERCERO: DECLARAR NO PROBADA*** *las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a PORVENIR S.A a la suma de $1 SMLMV*
>
> ***QUINTO:*** *en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones* ***CONSÚLTESE****, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social****"***

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria esta en cabeza de la AFP; que no es suficiente con la firma del formulario de afiliación; que no existe prueba de que la AFP PORVENIR le haya brindado la información necesaria al momento del traslado por lo que procede la ineficacia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no se valoró en debida forma el interrogatorio de parte, pues la actora si tuvo

una asesoría previo al traslado de régimen en el año 2004; que la demandante dijo conocer los requisitos para pensionarse en el RPMPD. Que el deber de información ha evolucionado a través de los años, por lo que se debe mirar cuál era la información que se exigía al momento del traslado en el año 1994. Que se allegó la carta que se le informó cuando estaba a 10 años para pensionarse. Que no se podía establecer si iba a existir o no una situación negativa. Que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración y de los rendimientos, pues se está desconociendo la buena gestión del fondo de pensiones.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que debe analizarse cada caso y no de manera generalizada con las sentencias de la CSJ; que se debe revisar si en este caso se produjo un efecto adverso como lo es perder el régimen de transición y no como lo pretende la parte actora que si se trata de una situación en la cual ya no se puede trasladar de régimen se declare la nulidad al no estar conforme con el valor de la mesada pensional. Que se afecta en estos casos la sostenibilidad financiero pues se descapitaliza el fondo común.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Belkis Eugenia Álvarez Medina, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Porvenir, en el año 1994 (fl.12 archivo 2019-444) y posteriormente a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR en el año 2004 (fl. 260 archivo 2019-444).

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado

46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Belkis Eugenia Álvarez Medina, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del

formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP Porvenir al momento del traslado fue que el ISS estaba en crisis por lo que podría no pensionarse y que PORVENIR iba a ser la administradora encargada de las pensiones.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era

obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir S.A. en su recurso y en sus alegatos, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento

ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 32-2020-00399-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA CONSUELO SANDOVAL GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **LAURA NATALIA GUERRERO VINCHIRA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.014.208.534 y tarjeta profesional No. 305.872 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y Colpensiones y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA CONSUELO SANDOVAL GÓMEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR. Como consecuencia, solicita se ordene su traslado a COLPENSIONES y se ordene a la AFP PORVENIR que traslade a COLPENSIONES todos los aportes a pensión que le fueron consignados con los rendimientos, los gastos de administración y las costas procesales. (fl. 1 archivo "02Demanda").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al ISS el 06 de octubre de 1988; que logró cotizar en el RPMPD 43 semanas; que para el 01 de abril de 1994 cuando entró a regir la Ley 100 de 1993 se encontraba en el RPMPD; que se afilió a la AFP PORVENIR el 01 de agosto de 2000; que al momento del traslado la AFP PORVENIR no le dio una información real, ni le explicaron los pro y contras de su cambio de régimen pensional; que solicitó se invalidara su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 1 a 2 archivo "02Demanda").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4 y 8 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho

reclamado, prescripción y la genérica. (fls. 8 a 45 archivo "16ContestaciónColpensiones").

Por su parte, la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A., no presentó escrito de contestación, pese haber sido notificada en debida forma, por lo que el fallador de primera instancia le tuvo por no contestada la demanda mediante providencia del 02 de agosto de 2021. (archivo "20Auto20210802").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones formuladas por* ***COLPENSIONES****, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO.- DECLARAR*** *la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante* ***MARIA CONSUELO SANDOVAL GOMEZ*** *a través de* ***PORVENIR****, de fecha 29 de junio de 2000.*
>
> ***TERCERO.-*** *Como consecuencia de lo anterior,* ***CONDENAR*** *a la demandada* ***PORVENIR S.A.*** *a trasladar con destino a* ***COLPENSIONES*** *la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración.*
>
> ***CUARTO.- ORDENAR*** *a la demandada* ***COLPENSIONES*** *a recibir a la demandante* ***MARIA CONSUELO SANDOVAL GOMEZ*** *como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.*
>
> ***QUINTO.- CONDENAR*** *en costas a la demandada* ***PROTECCIÓN S.A.*** *y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de* ***COLPENSIONES****.*
>
> ***SEXTO.-*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada* ***COLPENSIONES*** *remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta." (archivo "31AudienciaFallo20211028")*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el formulario no es suficiente para entender que se brindó la información

requerida al afiliado, pues se debe garantizar el derecho de información para convalidar ese acto jurídico. Que la carga probatoria está en cabeza de la AFP, pues las AFP tienen la obligación de brindar la información a sus afiliados. Señala que todos los afiliados tienen el derecho de obtener información clara y suficiente para tomar una decisión, pues la información que se debe brindar es un requisito necesario para la validez de la afiliación. Que el fondo privado no probó haber brindado la información requerida al momento del traslado, por lo que es procedente declarar la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, recurrió señalando que, no pueden aplicarse las sentencias de la CSJ de manera objetiva, sino que debe revisarse cada caso en particular. Que no era necesario allegar nada diferente al formulario de afiliación. Que cumplió con todas las obligaciones a su cargo. Que la decisión de la demandante de trasladarse fue libre y voluntaria y se ratificó con el transcurso del tiempo. Que si se ordena retrotraer las cosas al estado anterior no se puede ordenar la devolución de los rendimientos. Que no sólo debe asumir las costas dicha entidad, pues COLPENSIONES también fue vencida en juicio.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** recurrió señalando que no se tuvo en cuenta que dicha entidad es un tercero de buena fe que no puede verse perjudicada. Que se afecta la sostenibilidad financiera de dicha entidad. Que la demandante se encuentra incursa en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003. Que debe ser PORVENIR quien asuma las consecuencias pues la ineficacia se dio por su omisión.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora María Consuelo Sandoval Gómez, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 2000. (fl. 7 archivo "25RespuestaRequerimiento").

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar**

las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora María Consuelo Sandoval Gómez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la***

Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad

de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 2000, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no recibió información o asesoría por parte de los promotores del traslado y que tampoco se le informaron las consecuencias del mismo.

No siendo de recibo tampoco que Colpensiones alegue la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 1818 del 3 de mayo de 2021 esto no tiene ninguna incidencia en los casos en que se solicita la ineficacia del traslado, pues para estudiar dichos aspectos implicaría necesariamente la validez del acto de traslado a la AFP PRIVADA y aquí nos encontramos ante una ineficacia de traslado ante la falta de información.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicitan la AFP Porvenir S.A en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Adicionalmente, es necesario señalar que la AFP PORVENIR no tiene legitimidad para interponer recurso de apelación frente a la absolución de COSTAS a COLPENSIONES como quiera que quien tiene derecho a ellas es la parte demandante, la cual no presentó ningún reparo frente a esta decisión.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 34-2019-00357-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ANA BEATRIZ RINCÓN SIERRA
DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.020.786.735 y tarjeta profesional No. 300.432 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de julio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora ANA BEATRIZ RINCÓN SIERRA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que le asiste el derecho a percibir el incremento pensional por persona a cargo del 14% por compañero permanente y del 7% por hijo a cargo. Como consecuencia, solicita se ORDENE a COLPENSIONES el pago del incremento deprecado desde la fecha en que le fue reconocida la pensión hasta la fecha en que se efectúe el pago junto con las costas procesales. (fl. 20 archivo "01.11001310503420190035700").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que obtuvo el reconocimiento y pago de su pensión de vejez por parte de COLPENSIONES por medio de la Resolución N° 052531 del 29 de noviembre de 2008; que desde hace 35 años tiene constituida una unión marital de hecho con el señor Orlando Grisales Mateus quien no trabaja y se dedica exclusivamente a las labores del hogar; que el hijo de la pareja pese a ser mayor de edad actualmente se encuentra estudiando en la Universidad Incca de Colombia; que elevó solicitud a COLPENSIONES para el reconocimiento de los incrementos deprecados sin obtener una respuesta favorable. (fl. 19 a 20 archivo "01.11001310503420190035700").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos dijo no constarle el 2 y 3 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al

pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls. 60 a 74 archivo "01.11001310503420190035700").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada ADMINSITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda propuesta por ANA BEATRIZ RINCON SIERRA, conforme las razones expuestas por este Despacho.*
>
> ***SEGUNDO.*** *Sin lugar a imponer condena en costas a las partes.*
>
> ***TERCERO REMITIR*** *el expediente al superior en grado jurisdiccional de consulta." (fl. 75)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que con ocasión de la Ley 100 de 1993 los incrementos deprecados fueron objeto de derogatoria orgánica. Que dejaron de existir desde que entró a regir la Ley 100 de 1993 y sólo quedaron a salvo los derechos adquiridos.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante**, recurrió señalando que, se debe reconocer los incrementos deprecados en virtud del principio de la condición más beneficiosa la cual busca proteger al trabajador de los tránsitos legislativos; razón por la cual el asalariado tiene derecho a que las condiciones atinentes a su pensión de vejez sean protegidas. Indica que mediante la Ley 100 de 1993 se introdujo el Sistema General de Pensiones en Colombia en cuyo artículo 34 se estableció lo referente al monto de la pensión y el artículo 36 consagro el régimen de transición, pero que las normas mencionadas nada dijeron sobre los incrementos deprecados, los cuales habían sido consagrados en la legislación anterior. Que el artículo 22 del Decreto 758 de 1990 estableció que los incrementos no forman parte integrante de la pensión. Que en caso de existir duda frente a dos normas debe aplicarse la más favorable para el trabajador. Que la CSJ ha dicho que los incrementos deprecados aún están

vigentes. Aduce que si se aplica una norma anterior se debe aplicar en su conjunto y no sólo una parte.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de debate que a la señora Ana Beatriz Rincón Sierra, le fue reconocida pensión de vejez en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por virtud del cual, los requisitos para la concesión de la prestación lo realizó entonces el ISS, bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990, como se verifica de acto administrativo 052531 de 2008 (fl. 6 archivo "01.1100131050342019003570O") expedido por el Instituto en mención, siendo pertinente establecer en primer lugar si tal prestación solicitada se encuentra vigente, al encontrarse prevista en normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, para luego sí analizar si hay lugar a estudiar el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta.

El precepto legal que contempla prestación peticionada, es el artículo 21, literales a) y b) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normatividad que exige para su reconocimiento, la dependencia económica del cónyuge o compañera (o) permanente e hijos menores respecto del pensionado (a), como también que en este caso, que el compañero permanente, no perciba asignación salarial o pensional.

Así las cosas, para determinar la vigencia de la norma antes mencionada con posterioridad a la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones, tal aspecto ha sido objeto de amplias interpretaciones, en algunas de las cuales se ha considerado expresa o tácitamente derogado por varias normas de la Ley 100 de 1993, como lo son los artículos 283 y 289 ya que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 reguladores en su orden de las pensiones de vejez e invalidez, no estipularon los incrementos consagrados en el artículo 21 del citado Acuerdo 049 de 1990.

En reiteradas providencias, esta Sala señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no estaba derogado ni expresa ni tácitamente y contrario a ello se indicó que dicha prerrogativa permanecía incólume para quienes

accedieron al beneficio pensional por la aplicación directa del citado Decreto 758 o por su advenimiento en virtud de la transición pensional.

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia a la que hace alusión la falladora de primera instancia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplían con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido.

No obstante lo anterior, en cuanto al incremento peticionado, la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de 2019**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

> *"Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.*

…Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."

De conformidad con lo anterior y acogiendo el criterio antes expuesto, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad, conforme criterio jurisprudencial en cita. Por tanto, no puede hablarse de aplicar el principio de favorabilidad pues éste opera entre dos normas vigentes y la normatividad que regula los incrementos deprecados se encuentra derogada.

Descendiendo al caso objeto de estudio y si bien como indica el recurrente, se probó el cumplimiento de los requisito previstos en la normatividad bajo estudio, al haberse pensionado la señora Ana Beatriz Rincón Sierra a partir del 01 de noviembre de 2008, se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que la actora no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JHON JAIRO ACOSTA GOMEZ VS CONSTRUMAX SAS RAD N° 9-2019-350-01

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **,** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **CRM SAS, para** que previos los tramites de un proceso ordinario laboral de primera instancia se declare que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 9 de marzo de 2016 hasta el 15 de agosto de 2018- pago de salarios desde el 15 de mayo hasta el 15 de agosto de 2018; vacaciones de todo el tiempo, aportes a pensión y salud de julio de 2017 a agosto de 2018, aportes voluntarios de noviembre y diciembre de 2017 $6.000.000 y enero a abril de 2018 por $12.000.0000 – AFC de noviembre y diciembre de 2017$2.648.416 y de enero a abril de 2018 $5.296.832 – compensación sobre beneficios de la caja de compensación, indemnización por despido moratoria- indexación, costas. (Expediente Digital).

Como fundamento de sus pretensiones relata en síntesis que suscribió contrato de trabajo el 8 de marzo de 2016, a término indefinido y con salario integral, para desempeñar el cargo de gerente de construcción, que, desde el 15 de mayo de 2018, la demandada no pago salarios, que no ha cancelado aportes ni vacaciones, ni en general derechos laborales, que el contrato fue terminado el 15 de agosto de 2018. (Expediente Digital).

La demanda fue contestada a través de apoderado, quien aceptó la existencia del contrato, agregando que los derechos del demandante se encuentran reconocidos ante la Superintendencia de Sociedades, no se han desconocido, sino que están sometidas a ese tramite especial. En cuanto a los hechos aceptó el contrato, la terminación y lo adeudado. Manifestó atenerse a lo probado y propuso las excepciones de falta de demostración de lo pretendido, forzamiento al pago posterior. Ausencia de mala fe y genérica. (Expediente Digital).

-

Tramitada la primera instancia, la Juez 9 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, calendada siete (7) de septiembre de 2022, por medio de la cual resolvió:

"PRIMERO: CONDENAR a CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S. a reconocer y pagar a JHON JAIRO ACOSTA GÓMEZ, de manera indexada desde su causación y hasta la fecha de pago efectivo, las siguientes sumas de dinero: 1. $38.673.599 por concepto de salarios debidos del 15 de mayo al 15 de agosto de 2018. 2. $12.761.654 por concepto de compensación de vacaciones. 3. $15.801.667, por concepto de indemnización por despido sin justa causa. 4. $25.945.040, por concepto de devolución de las deducciones realizadas de noviembre de 2017 a abril de 2018.

SEGUNDO. CONDENAR a CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S., a cancelar con destino a la administradora de pensiones en la que se encuentre afiliado JHON JAIRO ACOSTA GÓMEZ, y a su entera satisfacción, los aportes insolutos por los períodos comprendidos entre desde el 1º de agosto de 2017 hasta el 15 de agosto 313 309 Página 2 de 2 de 2018, mediante planilla tipo J; sobre un salario base de cotización de $7.980.000, conforme al numeral 2.1.1.2.2 de la Resolución 2388 de 2016.

TERCERO ABSOLVER a CONSTRUCTORA CONSTRUMAX S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto por JHON JAIRO ACOSTA GÓMEZ.

CUARTO. DECLARAR probada la excepción de forzamiento al pago posterior (ausencia de mala fe), propuesta por la pasiva en su contestación…"

Para llegar a esa conclusión señaló en síntesis la Juez lo siguiente: *" …determinó el problema jurídico a establecer la forma y causas de terminación de la relación laboral, y si como consecuencia de ello procede el reconocimiento y pago de los salarios causados desde el 15 de mayo al 15 de agosto de 2018; de vacaciones causadas desde el 08 de marzo de 2016 al 15 de agosto de 2018; aportes al sistema general de seguridad social en salud y pensión desde julio de 2017 hasta agosto de 2018; si procede el reconocimiento de aportes voluntarios a pensiones y aportes a las cuentas AFC por los periodos de noviembre y diciembre de 2017 y de enero a abril de 2018; verificar si hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indemnización por los beneficios dejados de percibir como afiliado de la caja de compensación familiar. Dijo así que no es materia de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió del 8 de marzo de 2016 al 15 de agosto de 2018, en virtud del cual el demandante se desempeñó como gerente de construcción y devengó un salario integral, pues ello se desprende del contrato de trabajo (f.° 155 a 157), la carta de terminación del vínculo emanada de la pasiva del 15 de agosto de 2018 (f.° 133), la certificación laboral que data del 28 de agosto de 2018 (f.º 134) y los hechos 1, 10 y 11 aceptados por la demandada en la contestación. En el presente asunto, en lo que concierne a las vacaciones se advierte que pese a que la pasiva refiere en el escrito de contestación que el actor disfrutó de las mismas en el período del 1 de julio al 20 de julio de 2018, respecto del primer año de servicios, lo cierto es que con la liquidación obrante a folio 148, se constata que tal situación únicamente se verificó por 3 días del 17 de julio al 20 de julio de 2018, respecto del cual se canceló la suma de $1.520.000, por lo que se dispondrá el pago de las diferencias causadas hasta la finalización del vínculo que asciende a la suma de $12.761.654. Ahora respecto a los salarios, se tiene que debido a que no se acreditó el pago de los valores reclamados y por su parte la pasiva aceptó el hecho cuarto del escrito inicial, se condenará a pagar la suma de $38.673.599. En cuanto a aportes dijo que es preciso recordar que el pago de los aportes a seguridad social en pensión es una obligación que se encuentra contenida en los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, en los que se establece que serán afiliados al Sistema General de Pensiones en forma obligatoria todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo y que el empleador*

será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Con las planillas de aportes al sistema general de seguridad social vistas a folios 126 y ss, se logra constatar que la pasiva pagó a favor del trabajador los aportes al sistema general de seguridad social desde el inicio de la relación laboral hasta el mes de julio de 2017 (f.º 126 y ss), sin embargo, posterior a dicho período, no obra prueba del cumplimiento de la obligación por parte del empleador. La omisión de cumplir, o cumplir imperfectamente la obligación allí contenida perjudica la expectativa pensional del demandante. De ahí, que en el presente caso hay lugar a disponer que se efectúe el pago de los aportes con destino a la administradora en la se encuentre afiliado el actor, desde el 1º de agosto de 2017 hasta el 15 de agosto de 2018; sobre un salario base de liquidación equivalente a $7.980.000, mediante planilla tipo J, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2.1.1.2.2 del Archivo Tipo 2 de la Resolución 2388 de 2016. Finalmente, en lo que respecta a los aportes en salud se tiene que no se dispondrá su pago, en concordancia con las consideraciones expuestas por la CSJ en sentencia SL3009-2017, en la que señaló "lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos. Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador". En cuanto a pago de aportes voluntarios y fomento a la construcción Sobre el particular se tiene que el art. 8º del Decreto 2577 de 1999, tratándose de asalariados, la entidad pagadora efectuará directamente ante la entidad financiera respectiva, la consignación de las sumas que el trabajador destine a su cuenta de "Ahorro para el Fomento de la Construcción-AFC" y para efectos de practicar la retención en la fuente, descontará de la base mensual de retención, la totalidad de la suma a consignar que no exceda del treinta por ciento (30%) del ingreso laboral del trabajador. Por lo que el trabajador debe manifestar por escrito su voluntad al empleador, con anterioridad al pago del salario y demás ingresos laborales, indicando el número y entidad financiera donde posee su cuenta de "Ahorro para el Fomento de la Construcción-AFC", el monto que desea consignar y si el mismo se refiere a un solo pago o a los que se realizan durante determinado período. Y se advierte que el artículo 1.2.1.22.42 del Decreto 1625 de 2016, consagra que tratándose de los aportes voluntarios efectuados por el empleador, este deberá manifestarle a la administradora o aseguradora, a favor de quién hace el respectivo aporte, al igual que el valor de la retención contingente. Aporte que deberá ser consignado directamente por el empleador en la entidad administradora respectiva. En este caso la activa, asegura que la sociedad llamada a juicio omitió depositar los aportes voluntarios de noviembre y diciembre de 2017, enero a abril de 2018 y los destinados a la afc de noviembre y diciembre de 2017 y enero a abril de 2018, situación que así fue certificada en la constancia que reposa a folio 134 expedida por la encartada. De modo que, al no reposar ningún elemento de convicción del que pueda derivarse que los valores solicitados fueron consignados a las entidades recaudadoras o devueltos al trabajador, de modo que ante dicho incumplimiento se estima que corresponde al empleador reintegrar las deducciones efectuadas al demandante en cuantía de ***$25.945.040****, en la medida que al no haberse depositado oportunamente las mismas perdieron su objeto, haciendo tales sumas parte del patrimonio del reclamante. En cuanto a la indemnización moratoria el artículo 65 CST establece que, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, debe pagar como indemnización, una suma igual a un día de salario por cada día de retardo por los primeros 24 meses; y a partir de allí intereses moratorios a la tasa máxima vigente para créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera. Sobre estas condenas la Corte Suprema de Justicia ha manifestado en sentencia SL-4691 de 2018 que cuando se reclamen judicialmente no proceden de manera automática, deberá acreditarse que el empleador en su obrar no lo hizo de buena fe. En el presente caso se encuentra probado con el certificado de existencia y representación legal de la encartada que por Auto No.400-000334 del 9 de enero de 2018, se admitió al proceso de reorganización a la sociedad demandada, de modo que, sin desconocer lo establecido en el art. 28 del CST, en cuanto a que los*

trabajadores no pueden asumir el deterioro económico de la empresa, no se puede olvidar que al tenor de lo dispuesto en la Ley 1116 de 2016, el proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos, de manera que para llegar a la consecución de dicho fin su art. 17 consagra que en cuanto se efectúa la solicitud de admisión al proceso de reorganización, el empresario tiene prohibido realizar pagos, transacciones o acuerdos tendientes a saldar las obligaciones a su cargo, salvo que exista autorización del juez del proceso concursal; y que conforme el parágrafo 3 de esa preceptiva desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores, situación que se ve igualmente plasmada en los postulados del numeral 11 del art. 19 de la misma norma que señala, que la providencia que decreta el inicio del proceso de reorganización deberá ordenar la fijación en sus oficinas, en un lugar visible al público y por un término de cinco (5) días, de un aviso que informe acerca del inicio del mismo, del nombre del promotor, la prevención al deudor que, sin autorización del juez del concurso, según sea el caso, no podrá hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones. En tal sentido, se estima que bajo los anteriores presupuestos resulta justificada la conducta desplegada por el empleador al omitir pagar los salarios adeudados al trabajador para la fecha de terminación del vínculo, de manera que ante su manifiesta buena fe, se absolverá de dicho pedimento. Sin embargo, se ordenará indexación de los salarios y las vacaciones desde la terminación del contrato hasta la fecha de pago efectivo, al no serle extensible a la parte actora la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. En cuanto a la indemnización por despido el demandante, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa; que se entra a estudiar de manera subsidiaria. Para ello, sería del caso verificar las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 CST. En este caso, se estableció que la sociedad demandada terminó unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa (f.º 5) y procedió a incluir la respectiva indemnización en la liquidación final (f.º 58), sin embargo, en la contestación reconoció que no se ha efectuado el pago de dicho rubro. En consecuencia, se condenará a la pasiva a pagar al señor ***JHON JAIRO ACOSTA GÓMEZ*** *el valor de $15.801.667 por indemnización por despido sin justa causa, que deberá ser indexado a la fecha de pago efectivo, al no serle extensible al trabajador la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. En cuanto a pago de caja de compensación se tiene que los aportes a la misma dan lugar al subsidio familiar, prestación social que tiene como objetivo fundamental el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, según se infiere de la Ley 21 de 1982, tratándose de hijos a cargo, subsidios por la permanencia de la madre en el hogar, subsidios alimentarios, y programas sociales para la familia, los cuales se reconocen en sus respectivas modalidades, ya sea en dinero, especie o en servicios. Como quiera que no se estableció que los anteriores beneficios hubiesen dejado de ser percibidos por parte del trabajador, ni se demostró la existencia del núcleo familiar - hijos con derecho a subsidio, se considera que no es posible acceder a tal pretensión. Finalmente, es preciso anotar respecto de las acreencias dispuestas en este trámite que la inclusión de las mismas dentro de los créditos que hacen parte del proceso de reorganización que se adelanta por la demandada, no impide la declaratoria de los derechos reclamados en el juicio ordinario laboral, pues tal como lo prevé el art. 20 de la Ley 1116 de 2006, a partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización solo no pueden admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor…."*

Inconforme con esta decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación así: "*… parcialmente en cuanto a la indemnización moratoria del art 65 del CST, considera que si hay lugar a ella teniendo en cuenta que si hay mala fe de la demandada porque en la misma ley dice que deben continuar pagando en las restructuración las obligaciones propias del negocio sobre todo las causados después de la reorganización, la empresa obtuvo ingresos y en ningún momento le pagaron al trabajador y la empresa condicionó los pagos al proceso de reorganización y los gastos propios son también los del trabajador. Cita sentencias*

de la CSJ y dice que las obligaciones que surgen antes de la reorganización son las que van al crédito, pero las que surgen después son de carácter obligatorio más que la empresa si tuvo ingresos y podía pedir anticipos para pagar. También se refiere a fallos de la Corte Constitucional, luego si hay maña fe pues la reorganización es para salir adelante y eso no significa que no se paguen derechos sobre todos los de seguridad social. La reorganización no exonera de las obligaciones y eso es actuar de mala fe, porque los créditos del trabajador son preferentes y la misma norma contempla que los gastos de administración se deben pagar y esos son los derechos del trabajador…

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del CST la Sala resolverá el punto de apelación esto es la falta de condena por sanción moratoria, único aspecto cuestionado.

Bien, de conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. que : i) **Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer; ii) en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que, si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago; iii) puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y; iv) en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.**

En el presente asunto efectivamente y como señaló la Juez existe una mora en el pago de las prestaciones sociales e indemnización causadas antes y a la terminación del contrato de trabajo y ni una sola prueba que justifique su omisión como para exonerarse de la sanción, pues no basta el proceso de reorganización como tal.

Y es que en cuanto a la indemnización moratoria es claro que en cada caso debe analizarse la conducta del empleador; toda vez que no es posible exonerarlo se itera de la sanción; **sencillamente porque acude a un proceso de reorganización empresarial, que es diferente a la liquidación forzada y obligatoria en donde si hay una imposibilidad real de hacer pagos desde que esta se da.**

En estos casos de reorganización, se da una circunstancia diferente, en donde se espera la continuidad de la organización, la recuperación económica de la misma y por tanto ello no implica la terminación por esa circunstancia de los contratos y menos que sea excusa para no pagar derechos al trabajador. Nótese que la

reorganización en este caso se dio en enero de 2018 y el contrato se prolongó hasta agosto de 2018; por tanto**,** no existe justificación alguna para omisión en los pagos.

Obsérvese que es el mismo argumento de la juez el que corrobora lo dicho en cuanto a referirse a la ley que consagra los procesos de reorganización, señala que desde el momento en que se declare solo podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como **laborales,** fiscales y proveedores; lo que resulta adecuado al objetivo lograr que se normalice la situación y que no puede hacer sin la ayuda de los trabajadores que derivan su sustento y el de sus familias del salario devengado por sus servicios.

En sentencia de rad 45211 de 22/02/2017, la Corte suprema de Justicia dijo que ese solo hecho, esto es la reorganización no tiene el potencial suficiente para exonerar al empleador de la imposición de la sanción, siendo necesario analizar si en verdad hay razones atendibles, lo que no sucede en este caso, dicho desde ya asistiéndole razón a la recurrente, pues antes que demostrar una iliquidez total, se observa que sucedió lo contrario. Dijo la Corte en esa providencia lo siguiente:

"(…)"

Ahora bien, aun cuando del certificado de existencia y representación legal de la sociedad, obrante a folios 11- 12 y del acta de reunión de determinación de derechos de voto y acreencias de folios 370- 407 se puede derivar que la empresa atravesaba dificultades económicas tiempo antes del 10 de febrero de 2006, momento en que se aceptó la apertura del trámite de reactivación empresarial de la Ley 550 de 1999, tal como lo alega la censura, ***pues este procedimiento está contemplado para corregir deficiencias que presenten las empresas en su capacidad de operación y permitir su recuperación económica, lo cierto es que esta sola circunstancia no tiene el potencial suficiente para desvirtuar la sentencia impugnada, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que el estado de insolvencia económica o iliquidez del empleador, por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe*** *(ver sentencias CSJ SL, 18 sep. 1995, Rad. 7393, CSJ SL, 3 may. 2011, Rad. 37493 y CSJ SL, 14 agos. 2012. Rad. 37288).*

Vale decir que, aunque allí se refiere a la reactivación empresarial de la ley 550 de 1990 este es similar a la reorganización empresarial de la ley 1106 de 2006, luego es aplicable a este caso y en ese orden, en cuanto a la justificación de la mora o el posicionamiento de la demandada dentro del terreno de la buena fe, la Sala no comparte del a – quo, pues **la demandada simplemente tenía que dar cumplimiento a la Ley esto es pagando lo adeudado o en todo caso demostrar que existía fuerza mayor o caso fortuito, que se daban circunstancias que no**

-

podría prever de otra manera y que en todo caso su conducta estaba guiada por la buena fe. porque sabido es que el trabajador de acuerdo con lo establecido en el art 28 del CST, puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, **pero nunca asumir sus riesgos o perdidas.**

En consecuencia, se REVOCARÁN los numerales tercero y cuarto de la sentencia apelada, en cuanto absolvió de la pretensión de indemnización moratoria, declarando no probada la excepción denominada forzamiento al pago y ausencia de mala fe y en su lugar se CONDENARÁ a la demandada a pagar al demandante JHON JAIRO ACOSTA GOMEZ, la suma de un día de salario equivalente a $380.000 (salario $11.400.000) desde el día en que terminó el contrato, esto es 15 de agosto de 2018 y hasta por 24 meses, a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria y hasta cuando se verifique el pago; esto es en los términos del art 65 del CST.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de 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,

R E SU E L V E

PRIMERO. - REVOCAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia apelada, por las razones expuestas en **cuanto** absolvió de la pretensión de indemnización moratoria, declarando no probada la excepción denominada forzamiento al pago y ausencia de mala fe y en su lugar se **CONDENAR** a la demandada a pagar al demandante **JHON JAIRO ACOSTA GOMEZ,** la suma de un día de salario equivalente a $380.000 desde el día en que terminó el contrato, esto es 15 de agosto de 2018 y hasta por 24 meses. A partir del mes 25 la demandada deberá pagar al demandante intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria y hasta cuando se verifique el pago; esto es en los términos del art 65 del CST.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

Sin COSTAS en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO,** de acuerdo con lo establecido en los artículos

40 y 41 del C P del T y de la SS.

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO ~~TORRES~~ RUSSY

-

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 22-2019-00437-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LILIAM PULIDO FERNÁNDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.938.149 y tarjeta profesional No. 282.206 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN y Colpensiones y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora LILIAM PULIDO FERNÁNDEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN por no habérsele proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado. Como consecuencia, solicita se ordene su traslado a COLPENSIONES y se ordene a la AFP PROTECCIÓN que traslade a COLPENSIONES todos los aportes a pensión que le fueron consignados; que COLPENSIONES acepte dicho traslado y la tenga como su afiliada sin solución de continuidad y las costas procesales. (fls. 79 a 80 archivo "01ExpedienteDigitalizado").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES el 01 de septiembre de 1982; que aportó en el RPMPD 217.43 semanas; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliada al ISS; que suscribió formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN el 06 de septiembre de 1994, fondo en el que actualmente continúa afiliada; que el asesor de la AFP PROTECCIÓN no le informó el valor de su mesada pensional, ni le elaboró una proyección pensional, sus únicos argumentos fueron que de continuar en el ISS no se iba a poder pensionar, porque éste se iba acabar; que podía pensionarse a cualquier edad sin explicarle la afectación que ello tendría sobre su mesada pensional y sobre el bono pensional, que no le informó las ventajas y desventajas de trasladarse de fondo; que actualmente ha cotizado 1748.58

semanas; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable. (fls. 79 a 81 archivo "01ExpedienteDigitalizado").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 3, 16 y 17, negó el 2 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción y caducidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fls. 206 a 241 archivo "01ExpedienteDigitalizado").

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 3, 4, 5, 12, 14, 15 y 18, dijo no constarle el 1, 2, 16 y 17 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la 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 del 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 y la genérica. (fls. 3 a 27 archivo "02 ContestaciónProtección").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: - DECLARAR LA INEFICACIA*** *del traslado efectuado por* ***LILIAM PULIDO FERNANDEZ CC.51.715.212****, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido 06 de septiembre de 1994, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO****: ORDENAR a* ***PROTECCION S.A****, fondo al que se encuentra afiliada* ***LILIAM PULIDO FERNANDEZ CC.51.715.212*** *a trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *– los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicado en esta providencia.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR NO PROBADA*** *las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a PROTECCION S.A a la suma de $1 SMLMV*
> ***QUINTO:*** *en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones* ***CONSÚLTESE****, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social." (archivo "011Acta Audiencia")*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria está en cabeza de la AFP; que no es suficiente con la firma del formulario de afiliación; que no existe prueba de que la AFP PORVENIR le haya brindado la información necesaria al momento del traslado por lo que procede la ineficacia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, recurrió señalando que, no está de acuerdo en que se ordene la devolución de los gastos de administración, pues éstos descuentos también se realizan en el régimen de prima media. Indica que los aportes de la actora generaron unos rendimientos. Que no se prueba que COLPENSIONES con la decisión sufra algún tipo de detrimento patrimonial. Que los descuentos que se realizaron a título de gastos de administración tenían una causa legal. Que al ordenar la devolución de los gastos de administración se genera un enriquecimiento ilícito frente a COLPENSIONES. Que se les puede aplicar la prescripción porque los gastos de administración no financian la pensión de la demandante.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** recurrió señalando que la declaratoria de ineficacia conlleva consecuencias que afectan la entidad. Que si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial, no es menos cierto que se debe revisar cada caso en particular. Que a la demandante no se le puede exonerar de su deber de asesorarse del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos, por lo que fue negligente. Que la demandante no hizo uso de los mecanismos legales tales como el retracto o la recisión. Que el interés general debe primar sobre el particular y que con esta decisión se ve afectado el patrimonio del fondo.

}

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Liliam Pulido Fernández, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCIÓN en el año 1994. (fl. 48 archivo "01ExpedienteDigitalizado").

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Liliam Pulido Fernández, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*
>
> *(ii)* ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que le dijeron que el ISS se iba a quebrar; que se podía pensionar más joven; que su pensión iba hacer más alta y que si se quedaba en el ISS podía perder sus aportes.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, como lo indica la apoderada de COLPENSIONES, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PROTECCION con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Protección S.A en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue

reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Protección S.A.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 19-2019-00368-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: LILIA CELINA CARDENAS DE FERNÁNDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora LILIA CELINA CARDENÁS DE FERNÁNDEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez por cumplir con las condiciones establecidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios; que se DECLARE que la pensión que le fue otorgada por CAJANL como servidora pública es compatible con la pensión de vejez. Como consecuencia, solicita se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. (fl. 08 archivo "01. Expediente 19-2019-368").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 01 de noviembre de 1946; que cumplió los 57 años de edad el 01 de noviembre de 2003; que COLPENSIONES le negó la pensión de vejez por no tener la densidad de semanas cotizadas al sistema; decisión que fue confirmada mediante la Resolución 101119 de 2017; que en dicha Resolución COLPENSIONES señaló que la demandante únicamente contaba con 1205 semanas; que el 10 de septiembre de 2018 presentó nueva solicitud de estudio pensional ante COLPENSIONES, la cual le fue negada mediante la Resolución SUB N° 265043 del 09 de octubre de 2018 aduciendo que no tiene derecho a la pensión por estar percibiendo una asignación pensional por parte de CAJANAL; indicándole además que la pensión que recibe de CAJANAL es incompatible con la de vejez que pretende le sea reconocida por parte de COLPENSIONES; que los períodos cotizados a COLPENSIONES corresponden a tiempos con empleadores privados que fueron laborados con posterioridad al tiempo que prestó servicios como servidora pública; que para el reconocimiento de la pensión por parte de CAJANAL no se computaron tiempos cotizados al ISS

que tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez por parte de COLPENSIONES. . (fls. 10 a 12 archivo "01. Expediente 19-2019-368").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 4, 6, 7, 8, 9, 12, 15, 18 y 19, negó el 3, 5, 14 y 16 y, parcialmente ciertos los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden Público y la genérica. (fls. 104 a 120 archivo "01. Expediente 19-2019-368").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, a reconocer y pagar a la señora LILIA CELINA CARDENAS DE FERNANDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N° 41.383.191, la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir del 01 de mayo de 2019, en cuantía de **$ 2.918.486***
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, a pagar a la señora LILIA CELINA CARDENAS DE FERNANDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N° 41.383.191 de forma INDEXADA el retroactivo a que*

haya lugar por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 01 de mayo de 2019, hasta la fecha efectiva de pago.

***TERCERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES a realizar del retroactivo pensional generado desde el 1 de mayo de 2019, los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.*

***CUARTO: NEGAR** el pago de intereses moratorios, así como las demás pretensiones, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*

***QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la pasiva.*

***SEXTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a favor de LILIA CELINA CARDENAS DE FERNANDEZ Fíjese la suma de $1.500.000 como agencias en derecho a cargo de la demandada.*

***SEPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta**.**" (archivo "09.ACTA PROCESO 2019-368")*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la CSJ sostiene que existe incompatibilidad entre pensiones que cubran el mismo riesgo. Que la CSJ dice que en caso de pensión de jubilación y pensión de vejez sólo existe compatibilidad cuando la pensión se ha causado antes de la Ley 100 de 1993. Que la pensión de jubilación le fue reconocida a la demandante a partir del 01 de noviembre de 1996 y se tuvo en cuenta el tiempo laborado en el sector público y se reconoció bajo el amparo de la Ley 33 de 1985. Que se observa que en COLPENSIONES cotizó a través de empleadores privados, por lo que ambas pensiones tendrían una fuente de financiación distinta y sería reconocida por entidades distintas pues la de jubilación fue reconocida por CAJANAL y actualmente fue asumida por el FOPEP. Por lo que la demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez al amparo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 por parte de COLPENSIONES, por cumplir con los requisitos de dicha normatividad. Que se debe reconocer la pensión a partir del 01 de mayo de 2019 (reportó la novedad de retiro en abril del 2019) y se debe liquidar su pensión conforme los últimos 10 años. Que no alcanzó a

transcurrir el término trienal, por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, recurrió señalando que, debe primar el principio de solidaridad pues viene disfrutando desde el año 1997 de una pensión por parte de CAJANAL, por los aportes que ha realizado son para preservar el sistema del que ella goza y no se puede pretender que una misma persona reciba dos emolumentos por el mismo concepto. Que no se puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público y en el presente caso la demandante en la actualidad goza de una pensión financiada por la Nación. Que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encuentra prohibido recibir dos pensiones que cubran la misma contingencia o riesgo como es la vejez. Señala que en caso de aceptarse las pretensiones de la demandante se estarían desfinanciando el sistema. Que se dijo que cumplió los requisitos en el 2019 por lo que estamos ante una petición antes de tiempo. Que no se puede condenar a costas, pues no se pueden destinar recursos para fines diferentes a ella; que el pago de costas y agencias en derecho estaría en contra de la Constitución Política.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, se encuentra que el problema jurídico se centra en establecer si a la actora le asiste el derecho al pago de la pensión de vejez, correspondiente a los aportes efectuados al ISS hoy COLPENSIONES, teniendo en cuenta que es beneficiaria de la pensión de jubilación que le reconociera la Extinta CAJANAL, por los tiempos laborados al sector público.

En el presente, quedó probada como se indicó, la calidad de pensionada que ostenta la actora, por parte de CAJANAL, mediante la resolución No. 015890

del 04 de septiembre de 1997, en la que se le reconoció una pensión de jubilación a la demandante a partir del 01 de noviembre de 1996, bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición, así mismo se evidencia que en dicha resolución se tuvo en cuenta únicamente el tiempo servido en el Instituto Colombiano de Fomento EDU, desde el 16 de diciembre de 1969 hasta el 30 de diciembre de 1993.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones tiene por objeto el de garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones consagradas en la misma ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la controversia gira alrededor de la incompatibilidad de la pensión de jubilación reconocida a la actora, con la pensión de vejez que reclama, es necesario recordar que la CSJ entre otras en la sentencia SL 1404-2022 nos ha enseñado que la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33 de 1985 por servicios prestados al Estado, solo podría ser compatible con la generada por cotizaciones al ISS, **siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de cajas de previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.**

Frente a este tema también se refirió en la sentencia SL 4616-2020 en la que indicó:

> *"Ambas acusaciones plantean el mismo problema jurídico, relacionado con la viabilidad de reconocer la compatibilidad entre la pensión de jubilación por servicios públicos prestados como Médico, y la de vejez por las cotizaciones sufragadas cuando laboró en el sector privado; de manera que como son complementarias, aun cuando se plantearon por vía distinta, para esta Corte es viable estudiarlas conjuntamente.*

Para el Tribunal, la pretensión en el reconocimiento de una pensión de vejez, con tiempos prestados a empleadores privados reñía con el hecho de que el accionante ya contaba con una pensión de jubilación de Ley 33 de 1985 reconocida por el ISS; que como ambas tenían idéntica naturaleza y además preservaban el mismo riesgo, no era viable cargar al sistema con esa condena.

Para esta Sala de la Corte, las conclusiones jurídicas a las que arribó el juzgador de segundo grado no son equivocadas, pues finalmente lo que hizo fue evidenciar que bajo la Ley 100 de 1993, no era posible la asignación de dos pensiones de vejez, independientemente del origen de los servicios prestados.

En efecto, la regla general del actual sistema es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, por razón de la solidaridad, y porque además, se prevé la acumulación de las cotizaciones indistintamente de su procedencia, las cuales van a servir para aumentar el valor de la base de liquidación, y aunque ello no siempre ha acontecido de la misma manera, pues décadas antes primaba una estructura de acumulación de tiempo, que se cargaba a cajas de previsión, o a las propias entidades territoriales y no siempre se requería de aportes.

[…] La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, esto es bajo el

entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, ***o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen,*** *impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.*

Asimismo, en la sentencia CSJ SL5228-2018, explicó:

De igual forma, en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, tal como la prevista en la Ley 33 de 1985, la Sala ha predicado que podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.

Bajo este entendido se ha afirmado que únicamente cuando cualquiera de las dos prestaciones respecto de las cuales se pretende la compatibilidad se hubiese causado antes de la Ley 100 de 1993 es que se puede predicar la simultaneidad en su percepción, siempre y cuando provengan de tiempos diferentes como los públicos y los privados, pues de lo contrario resultará inviable la compatibilidad y se impondrá la incompatibilidad.

Descendiendo al caso bajo estudio, como ya se indicó, **la extinta CAJANAL**, mediante resolución No. 015890 del 04 de septiembre de 1997, reconoció una pensión de jubilación a la actora, a partir del 01 de noviembre de 1996, y en dicha resolución se tuvo en cuenta, únicamente el tiempo servido en el INSTITUTO COLOMBIANO DE FOMENTO EDU, desde el 16 de diciembre de 1969 y hasta el 30 de diciembre de 1993.

Igualmente se encuentra demostrado que la actora prestó servicios a entidades privadas o particulares al ISS, tal y como se evidencia en el reporte de semanas de cotización, adosado en el archivo "07. HISTORIA DE LA UGPP E HISTORIA LABORAL" y reconocidos por la demandada COLPENSIONES, en sus distintas resoluciones, como la SUB 101119 del 15 de junio de 2017 (fls. 32-39) y la Resolución SUB N° 47601 del 27 de abril del 2017 (fls. 42 a 47), en la que claramente se indica que los aportes realizados por la UNIVERSIDAD DE LA SALLE, UNIVERSIDAD DE LA SABANA, etc., son de naturaleza privada, y arrojan 1.309,86 semanas.

Así las cosas, encuentra esta Colegiatura que no es de recibo el argumento presentado por COLPENSIONES en el que indica que el reconocimiento de la pensión de vejez, resulta incompatible con la prestación de jubilación que percibe actualmente la demandante, por cuanto tal planteamiento carece de todo respaldo jurídico, tal como lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia en las sentencias precitadas, en las que fue clara al señalar que la pensión de jubilación que viene percibiendo la actora, la cual le fue reconocida por CAJANAL el 01 de noviembre de 1996 es compatible con la de vejez aquí deprecada, toda vez que la pensión de jubilación le fue reconocida a través de una caja de previsión (CAJANAL) y claramente existe una diferenciación en las fuentes de financiamiento, como ya se explicó.

Por lo anterior resulta claro que a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 del 2003, como quiera que cumplió los requisitos allí establecidos, pues alcanzó la edad de 57 años el 01 de noviembre de 2003, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1946, como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 03 "07. HISTORIA DE LA UGPP E HISTORIA LABORAL") y además, logró cotizar a Colpensiones 1309.86 semanas en toda su vida laboral. (fl. 26 a 38 "07. HISTORIA DE LA UGPP E HISTORIA LABORAL").

Pensión a la que tiene derecho desde el **01 de mayo de 2019**, tal y como lo dijo el fallador de primera instancia, pues conforme se evidencia de la

historia laboral expedida por COLPENSIONES (fl. 26 a 38 "07. HISTORIA DE LA UGPP E HISTORIA LABORAL"), se registró la novedad de retiro del sistema para el ciclo de abril de 2019.

Adicionalmente, al revisar la liquidación efectuada en primera instancia, la Sala la encuentra acertada como quiera que efectivamente la pensión de la demandante debe ser liquidada conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, siendo más favorable con las cotizaciones de los últimos 10 años, lo cual arroja una mesada inicial de $2'918.436 para el 01 de mayo de 2019.

Finalmente, es claro que ante la evidente devaluación monetaria le asiste derecho a la demandante, en que las mesadas adeudadas se le paguen de manera indexada desde cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe el pago.

Así las cosas, esta Sala encuentra acertada la decisión adoptada por la Juez de primer grado, razón por la que se habrá de confirmar en su integridad la sentencia objeto de alzada.

Respecto a que nos encontramos frente a una petición antes de tiempo, no se hará ningún pronunciamiento como quiera que se trata de un hecho nuevo que no fue presentado por la demandada entre las excepciones.

En cuanto al argumento de Colpensiones respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en

la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO
SALVO VOTO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 38-2019-00506-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ JEANNETE PARADA MALDONADO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.144.041.976 y tarjeta profesional No. 258.258 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.783.369 y tarjeta profesional No. 321.634 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

a señora LUZ JEANNETE PARADA MALDONADO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE la nulidad del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS efectuada en julio de 1996 a la AFP COLFONDOS; que se declare la ineficacia de dicho traslado; que se declare como afiliación válida al Sistema General de Pensiones la efectuada a COLPENSIONES; que se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. Como consecuencia, se condene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados al RAIS; se condene a COLPENSIONES a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 2 a 3 archivo "EXP 2019-506").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 21 de diciembre de 1965, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 53 años de edad; que inicialmente se afilió al Sistema General de Pensiones el 24 de octubre de 1983 con el empleador SANDOZ COLOMBIA cotizando al entonces ISS hoy Colpensiones; que en junio de 1996se afilió al RAIS a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; que al momento de afiliarse a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS no fue asesorada, ni informada por la administradora de fondo privado de una manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; que el 17 de septiembre de 1998 se afilió a la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; que su vinculación a OLD MUTUAL se dio en las mismas condiciones de la inicial, esto sin contar con la asesoría e información completa; que a la fecha cuenta con 1819 semanas; que solicitó la nulidad o ineficacia del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 3 a 4 del archivo "EXP. 2019-506").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 11 y 14 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fls. 139 a 154 archivo "EXP. 2019-00506).

Por su parte, **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó ser cierto el 1, 12 y 15, dijo ser parcialmente cierto el 6, negó el 7 y 8 y no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, genérica, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y prescripción. (fls. 194 a 203 archivo "EXP 2019-506").

Finalmente, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó ser cierto el 1, 4, 13 y 16, negó el 5 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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, la genérica, compensación y pago. (fls. 1 a 13 archivo "CONTESTACION DEMANDA Y ANEXOS").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, A.F.P. COLFONDOS S.A. y A.F.P. SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por **LUZ JEANNETE PARADA MALDONADO**. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.*
>
> ***TERCERO: COSTAS.** Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000, en favor de cada una de las accionadas.*
>
> ***CUARTO**: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el **SUPERIOR.**» (archivo 017. 2021-049 Art. 80 acta Fallo)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que las administradoras tienen la obligación de recibir a todas las personas que concurren a ellos con el fin de afiliarse. Que la demandante no tenía ninguna condición por la cual COLFONDOS S.A. pudiera rechazarla. Que en este contexto para poderse declarar la nulidad debe existir el ánimo de perjudicar un daño, lo cual no se evidencia. Que la ignorancia de la Ley no es excusa. Que la demandante no puede decir que no tiene conocimiento de la legislación laboral para que se declare la ineficacia. Que la decisión de la demandante fue trasladarse. Que la Jurisprudencia de la CSJ no puede aplicarse de manera automática a todos los casos. Que la Sala de Descongestión de la CSJ habló de que no se pueden dejar de un lado las actuaciones de los afiliados como pasarse a una nueva administradora dentro del RAIS o permanecer afiliado en el RAIS. Que no se puede desconocer la afiliación tácita.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** recurrió señalando que, se debe seguir la línea jurisprudencial de la CSJ. Que si se debe declarar en este caso la ineficacia del traslado, pues brilla por su ausencia que la AFP haya cumplido con su obligación de brindar información a la demandante al momento del traslado. Que se le debió haber brindado una información clara, oportuna y cierta al

momento de la afiliación al RAIS. Que no bastaba con la firma del formulario de afiliación.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora Luz Jeannete Parada Maldonado, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en el año 1996 (fl. 86 archivo "EXP 2019-506") y, posteriormente, a la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en el año 1998 (fl. 83 archivo "EXP 2019-506"), ésta última entidad es en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es, que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de

su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Luz Jeannete Parada Maldona, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

Y es que la demandante en ningún momento confesó haber recibido la información en los términos señalados por nuestra CSJ, pues al escuchar el interrogatorio de parte que absolvió la señora Luz Jeannete Parada Maldonado, se evidencia que únicamente manifestó que el asesor de COLFONDOS le dijo que el ISS se iba acabar y que en COLFONDOS se podía pensionar más joven y con una mesada superior; lo cual no es suficiente para entender que a la demandante se le brindara la información necesaria al momento del traslado, pues nótese que nada se le dijo sobre las características y diferencias de cada régimen, ni que necesitaba para pensionarse en cada uno de ellos, ni tampoco si existía alguna desventaja al trasladarse de régimen, ni siquiera se observa que se le haya estudiado su situación particular, por lo que no puede entenderse que la AFP COLFONDOS cumplió con su obligación de brindar una asesoría a la demandante al momento del traslado al RAIS.

Y es que contrario a lo manifestado por el fallador de primera instancia, los traslados horizontales que efectuara el actor dentro del RAIS o la permanencia de la demandante en el RAIS, de ninguna manera se pueden tener como ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen, ya que tal acto de afiliación desde su nacimiento se predica ineficaz, al no haber estado precedido de la información suficiente para el efecto.

En cuanto a las sentencias de la sala de casación laboral de la CSJ en su Sala de descongestión N° 4 en la sentencias SL 2440-2021, SL 1061-2021, SL 3752-2020 y SL 4934-2020 entre otras, en las cuales se habla de actos de relacionamiento entre los que se refiere a los traslados horizontales dentro del RAIS, esta Sala de Decisión no acoge su criterio como quiera que la postura que mantiene actualmente la CSJ es la sentada de manera reiterada entre otras en la sentencia SL3199-2021 en la que señaló que con los traslados horizontales no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado inicial.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la parte demandante que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP COLFONDOS S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1996, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que

como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la señora Luz Jeannete Parada Maldonado a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y posteriormente a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ordenándole a esta última, efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual de la demandante a órdenes de Colpensiones, junto con rendimientos y dineros descontados de su cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de administración y condenar a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Señalando además respecto de los gastos de administración, que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la

procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.
Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante **Luz Jeannete Parada Maldonado**, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 19 de junio de 1996 y los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante **Luz Jeannete Parada Maldonado**, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración. Se ordena a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver las sumas que fueran descontadas a titulo de gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30-2019-00523-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUZ ANGELA BOHORQUEZ ROMERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y tarjeta profesional No. 373.906 del C.S de la J como apoderado sustituto de la AFP PORVENIR, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

La señora LUZ ANGELA BOHORQUEZ ROMERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE la nulidad del traslado efectuado el 22 de julio de 1999 del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que se declare la nulidad del posterior traslado realizado el 14 de febrero de 2005 a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS y, se declare válida la afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Como consecuencia, solicita se CONDENE a la AFP SKANDIA que autorice el traslado al RPMPD y a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual incluidos los bonos pensionales, frutos e intereses; se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante como si el traslado nunca hubiese existido, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 13 y 15 archivo "00. EXPEDIENTE DIGITAL").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 19 de agosto de 1960; realizó aportes desde el 16 de julio de 1984; que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES hasta el 31 de agosto de 1999; que el 22 de julio de 1999 se trasladó a la AFP PORVENIR; que al momento del traslado el asesor le informó que al trasladarse podría pensionarse en cualquier tiempo, sin explicarle que esto dependía del capital aportado y su rentabilidad; que también se le indicó que el nuevo fondo al que se trasladaba era lo mismo que el seguro social; que no le brindó la información necesaria al momento del traslado; que el 14 de febrero del 2005 se trasladó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, sin que tampoco se le brindara la información necesaria al momento del traslado; que solicitó su traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable. (fls. 1 a 13 archivo "00. EXPEDIENTE DIGITAL").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 31, 45, 46 y 48, ser parcialmente cierto el 22, 24, 32, 37, 38, 40, 44 y 47; negó el 23, 25, 26, 27. 39, 42, 49, 50, 53 y 54 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denomino OLD MUTUAL no participó 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 el 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (fls. 321 a 350 archivo "00. EXPEDIENTE DIGITAL").

Por su parte, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4 y 44 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de no debido, buena fe y prescripción. (fls. 455 a 465 archivo "00. EXPEDIENTE DIGITAL").

Finalmente, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 14, 18 y 19; negó el 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 20, 21, 42, 51, 53 y 54 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 509 a 555 archivo "00. EXPEDIENTE DIGITAL").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

"PRIMERO: *Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante LUZ ANGELA BOHORQUEZ ROMERO identificada con cédula de ciudadanía No. 51.554.756 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el extinto ISS hoy COLPENSIONES al del RAIS administrado por la ADMINSITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 29 de julio de 1999, conforme a lo expuesto.*

SEGUNDO: *Declárese válidamente vinculada a la demandante LUZ ANGELA BOHORQUEZ ROMERO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.*

TERCERO: *Condénese a OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS HOY SKANDIA S.A. ADMINSITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ ANGELA BOHORQUEZ ROMERO, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es a partir del 1º de ABRIL de 2005 hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto.*

CUARTO: *CONDENAR a la ADMINSITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es a partir del 29 de julio de 1999 hasta el 31 de marzo de 2005, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto.*

QUINTO: *Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida y efectúe el estudio pensional conforme lo ordenado en la parte motiva.*

SEXTO: *Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.*

SEPTIMO: *CONDENAR en costas a ADMINSITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y A OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS HOY SKANDIA S.A. ADMINSITRADORA DE*

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS. a favor de la parte actora. Liquídense por secretaria y fíjense como agencias en derecho la suma de $3.180.000 a cargo de SKANDIA S.A. y la suma de $2.000.000 a cargo de PORVENIR S.A.

***OCTAVO** sin constas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES.*

NOVENO:** Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**"

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se debe estudiar desde la figura de la ineficacia del traslado. Que los fondos desde su creación tenían la obligación de brindar la información a sus futuros afiliados al momento del traslado. Que la AFP tenía la obligación de demostrar que había brindado esa información. Que no bastaba con la simple firma del formulario de afiliación. Que la declaratoria de ineficacia es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que siempre ha actuado de buena fe. Que el formulario de afiliación a pesar de ser un formato preimpreso se encuentra ajustado a la ley. Que cumplió con las obligaciones establecidas. Que se evidencia que la solicitud de nulidad se presenta porque se está próximo a cumplir los requisitos, pero no por la falta de información, sino por razones de carácter económico. Que la demandante es una persona capaz y que se afilió de manera libre y voluntaria al RAIS. Que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, pues ésta suma ya fue utilizada y su buena gestión generó unos rendimientos. Que con esta decisión se genera un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES.

Por su parte, **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS** impugnó la decisión argumentando que los gastos de administración son una contraprestación a un servicio prestado. Que son un descuento autorizado por la Ley. Que ese dinero ya no está en las arcas de la AFP. Que los rendimientos que se generaron son más que suficientes para cubrir el riesgo.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que se está desconociendo la prohibición legal establecida en la Ley 797 del 2003. Que la decisión de trasladarse se ratificó con el traslado horizontal que realizó dentro del RAIS, lo cual se puede tomar como un acto de relacionamiento. Que no se puede condenar sobre normas inexistentes y al momento del traslado al RAIS no se requería brinda la información exigida. Que el demandante no probó la falta de información al momento del traslado. Que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia debe confirmarse la devolución de los gastos de administración.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Luz Ángela Bohórquez Romero, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Porvenir, en el año 1999 (fl.48 archivo "00. EXPEDIENTE DIGITAL") y posteriormente a la AFP SKANDIA en el año 2005. (fl. 54 "00. EXPEDIENTE DIGITAL").

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un

administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad. Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Luz Ángela Bohórquez Romero, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión,

tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP Porvenir al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar y que al trasladarse al RAIS podría pensionarse a cualquier edad.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no la demandante como lo pretende Colpensiones, por tanto como la AFP PORVENIR no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir S.A. y SKANDIA en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de

cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30-2018-00703-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CECILIA ORDOÑEZ SAAVEDRA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

La señora CECILIA ORDOÑEZ SAAVEDRA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE

que existió un vicio del consentimiento en el contrato de administración de Pensiones Obligatorias suscrito entre la demandante y la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN; que se declare que la AFP PORVENIR incurrió en omisión en el deber de informar todos los beneficios y desventajas que se tienen en el RAIS, al igual que lo hizo la AFP PROTECCIÓN; que se declare que la actora debe estar afiliada en el RPMPD. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP PROTECCIÓN a trasladar todos los aportes cotizados en el RAIS al RPMPD administrado por COLPENSIONES; se condene a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrar a la demandante como su afiliada, junto con las costas procesales. (fls. 73 a 74 archivo "11001310503020180070301").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 07 de septiembre de 1958, por lo que al 01 de enero de 1995 fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones tenía más de 35 años de edad; que se afilió al extinto ISS a partir de agosto de 1976; que ingresó al servicio del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA el día 19 de junio de 1991 en donde estuvo afiliada a CAPRECUNDI; que el 01 de enero de 1995 se afilió nuevamente al ISS; que el 23 de marzo de 2000 firmó formulario de afiliación a la AFP PORVENIR, sin recibir la información adecuada; que el 23 de agosto de 2001 suscribió formulario de afiliación al entonces ING hoy PROTECCIÓN; que ninguno de los asesores se percató que la demandante era beneficiaria del régimen de transición; que se solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable. (fls. 74 a 75 archivo "11001310503020180070301").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1 y 11, negó el 13 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fls. 92 a 99 archivo "11001310503020180070301").).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1 y 4; negó el 5, 6, 8, 9 y 15 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 142 a 167 archivo "11001310503020180070301").

Finalmente, **la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 4, 7, 10 y 12; negó el 8; señaló que el 15 no era un hecho y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denomino 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, 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 y la genérica. (fls. 1 a 25 archivo "02 CONTESTACION CECILIA").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO:*** *Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora CECILIA ORDOÑEZ SAAVEDRA identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.526.147, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Los Seguros Sociales al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a partir del 1° de MAYO de 2000, conforme a lo expuesto.*
>
> ***SEGUNDO:*** *Declárese válidamente vinculada a la demandante señora CECILIA ORDOÑEZ SAAVEDRA al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.*
>
> ***TERCERO:*** *Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de*

ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora desde el 1º de octubre de 2001 y hasta cuando se haga efectivo el traslado estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: *Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora desde el 1° de mayo de 2000 a 30 de septiembre de 2001, que deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.*

QUINTO: *Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.*

SEXTO: *Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.*

SEPTIMO: *Condenar en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS (MCTE)($3.488.000) a favor de la demandante.*

OCTAVO: *Condenar en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de UN MILLON TRESCIENTOS MIL PESOS (MCTE)($1.300.000) a favor de la demandante.*
NOVENO: *Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*

DECIMO: *Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**”***

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se debe estudiar desde la figura de la ineficacia del traslado. Que los fondos desde su creación tenían la obligación de brindar la información a sus futuros afiliados al momento del traslado. Que la AFP tenía la obligación de demostrar que había brindado esa información. Que no bastaba con la simple firma del formulario de afiliación. Que la declaratoria de ineficacia es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no está de acuerdo en que se ordene la devolución de los gastos de administración, pues los aportes de la demandante fueron administrados de forma correcta lo cual se vio reflejado en los rendimientos financieros. Que el descuento de los gastos de administración se encuentra plenamente autorizado en la ley. Que no es procedente que se ordene la devolución de los gastos de administración, pues se tratan de valores ya pagados y ya causados. Que entonces no se deberían devolver los rendimientos financieros. Que con la devolución de los gastos de administración se generaría un enriquecimiento sin causa para el demandante y Colpensiones. Que dicha AFP no es la causante de este proceso pues no realizó el traslado inicial por lo que se le debe absolver de las costas del proceso. Que las agencias en derecho que se le impongan no pueden ser por un valor superior a la de la AFP PORVENIR.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no hay razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la demandante tomó la decisión de trasladarse sin apremios, ni presiones de ninguna naturaleza. Que cumplió con el deber de información que se exigía para el momento del traslado. Que se le entregó el formulario de afiliación el cual es aprobado por la Superintendencia financiera de Colombia. Que para la época del traslado no se exigía nada adicional al formulario de afiliación. Que lo que se observa es una negligencia por parte de la demandante al no haberse asesorado. Solicita no se ordene la devolución de los gastos de administración, pues por mandato legal tienen una destinación específica. Que esos dineros no están en el patrimonio de PORVENIR y con su devolución se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria. Que la demandante ratificó su voluntad con su permanencia en el RAIS, lo cual es un acto de

relacionamiento y también con el traslado horizontal que efectúo dentro del RAIS. Que la demandante no cumplió con su obligación como consumidor financiero, pues no se asesoró ni buscó información. Que en caso de declararse la ineficacia del traslado debe garantizarse que se trasladen todos los aportes incluyendo los gastos de administración con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Cecilia Ordoñez Saavedra, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Porvenir, en el año 2000 (fl.172 archivo "11001310503020180070301") y posteriormente a la AFP HORIZONTE hoy AFP PROTECCIÓN en el año 2001. (fl. 57 "11001310503020180070301").

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del

afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Cecilia Ordoñez Saavedra, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar

información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ni por los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 2000, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP Porvenir al momento

del traslado fue que el ISS se iba acabar y que al trasladarse al RAIS podría pensionarse más joven.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, por tanto como la AFP PORVENIR no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que un afiliado fue negligente al no buscarlas como lo indica la AFP PORVENIR, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone

confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir S.A. y PROTECCIÓN en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A. y la AFP PROTECCIÓN.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes de la demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto al argumento de la AFP PROTECCION respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP. Y se le recuerda que éste no es el momento procesal oportuno para discutir el monto de las agencias en , pues conforme al numeral 5° del artículo 366 del CGP al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S. la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo pueden controvertirse mediante recurso de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas y aquí se están resolviendo los recursos contra la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el

valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 14-2020-127-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ROCÍO ESPERANZA REINA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 5 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de Colpensiones y la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora ROCÍO ESPERANZA REINA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que fue inducida en error grave por parte de Protección S.A., al haber omitido esta AFP brindarle una información completa, veraz, oportuna e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con su decisión de trasladarse de régimen, por lo que solicita se declare ineficaz dicho

acto de traslado y se condene a Protección SA., a comunicar a Colpensiones dicha ineficacia, a esta última a tenerla como afiliada, actualizar su historia laboral y a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes cancelados por ella en el RAIS desde el 1 de agosto de 1999. (fl. 27).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 4 de octubre de 1962, que ha prestado sus servicios al sector privado inicialmente estando afiliada para los riesgos de IVM al ISS hoy Colpensiones entre el 14 de febrero de 1985 al 31 de julio de 1999, cotizando para dicho Instituto un total de 621.71 semanas, que el 1 de abril de 1999, se trasladó del RPM al RAIS por intermedio de Protección S.A., que el asesor de dicho fondo no le entregó información referente a su traslado con la transparencia necesaria para garantizarle una correcta toma de decisión, no le presentaron proyecciones pensionales que le correspondería en ese régimen, no se le brindó información sobre ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen; contrario sensu, le aseguró que en el RAIS se pensionaría a cualquier edad, lo que no afectaría el valor de su mesada pensional, que el ISS iba a desaparecer.

Afirma que desde dicha data ha permanecido afiliada a Protección S.A., habiendo cotizado al sistema general de pensiones un total de 1653.83 semanas, que solicitó a Protección informe sobre rentabilidad anual en su CAI, soporte de la asesoría brindada a ella en el acto de traslado y cálculos de pensión de vejez, a lo esta le indicó que no contaba con medios para demostrar dicha asesoría y que de continuar cotizando a los 60 años, le correspondería garantía de pensión mínima, que en el RPM su mesada pensional sería de $2.237.969.

Refiere por último que solicitó ante las demandadas declarar la invalidez de su traslado, a lo que Protección respondió negativamente y Colpensiones no ha emitido respuesta. (fls. 27 y 28).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 5, 11, 22, 23 y 26, negó el No. 24 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción. (fl. 50).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 11, 12, 15 a 19, 21 y 25, manifestó no constarle los 2, 4, y 22 a 24 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP, reconocimiento de restitución mutua de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación. (fl. 66).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante al RAIS a través de Protección, condenándola a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Protección S.A. (fl.109).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que no había ofrecido discusión que la demandante había nacido el 4 de octubre de 1962, por lo que a 1 de abril de 1994, no contaba con 35 años aunado a ello, tampoco acreditaba haber cotizado a dicha data 750 semanas, que también había quedado acreditado que el 19 de agosto de 1999, suscribió formulario de

afiliación al RAIS administrado por Protección. Que ese despacho frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional venía acogiendo la sólida línea jurisprudencial emanada al respecto por la H. Corte Suprema de Justicia, según la cual, se generaba la ineficacia ante el incumplimiento del deber de información o entrega de la misma de manera deficitaria por parte de la AFP la afiliado, la que debía tener lugar con antelación al acto de traslado de manera clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas, deber que no operaba únicamente de los afiliados que tuvieren un derecho consolidado, un beneficio transicional o una expectativa legítima, correspondiéndole a las AFP probar el suministro de la información en los términos indicados, por cuanto si el afiliado indicaba que no la había recibido, tal afirmación correspondía a un supuesto negativo indefinido que correspondía desvirtuar a la AFP demostrando el hecho contrario y sin que a ese efecto resultara determinante la sola suscripción del formulario de afiliación y la afirmación allí contenida de ser el traslado libre y voluntario, ya que estos daban por demostrado un consentimiento libre de vicios más no informado.

Que dicho deber bajo estudio existe desde la creación de la Ley 100 de 1993 y a partir de la expedición de la Ley 1328 de 2009, se extendió tal obligación al deber del buen consejo en su situación particular y el con el Decreto 2071 de 2015, se había establecido el derecho de doble asesoría, de manera que conforme el carácter vinculante de dicha línea jurisprudencial, acogía tal precedente; que frente al caso de la demandante, atendiendo el momento histórico en que había tenido lugar el traslado, esto es, el año 1999, la AFP Porvenir S.A., no había allegado ningún elemento idóneo de convicción en ánimo de desvirtuar los hechos aducidos por la demandante, ya que del interrogatorio practicado a esta, no había obtenido confesión alguna de la que pudiera beneficiarse, por el contrario la actora ratificó las omisiones en que incurrió la AFP al momento de promover su afiliación, oportunidad en la que le indicaron que el ISS se iba a acabar y que en dicho fondo se pensionarían con el último salario que estuviesen devengando, sin que se le explicara cómo se lograba tal cometido.

Indicó que por lo anterior, la asesoría había sido deficiente o nula, al no suministrársele a la demandante la información en los términos indicados por la línea jurisprudencial aplicable, omisión que le impidió a la señora Rocío las reales incidencias del actor, sin que la reasesoría que había tenido lugar para el año 2009, tuviera la virtud de sanear lo ineficaz del traslado en tanto esta se tornaba inoportuna, lo que determinaba la procedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS realizado por la demandante, la que conllevaba que ningún efecto había surtido el mismo y siempre había estado afiliada al RPM.

Señaló que la acción no estaba sujeta al término prescriptivo dada su relación intrínseca con derechos de naturaleza pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Protección S.A.**, indicó que no era procedente la condena relativa a trasladar lo descontado por concepto de comisión de administración, como quiera que la misma era una descuento autorizado por Ley, que faculta y autoriza a las AFP para realizar el descuento del 3% sobre el aporte del afiliado que se destinada a cubrir gastos de administración y cubrir seguro previsional, frente a lo cual se genera un enriquecimiento sin justa causa a a favor de Colpensiones ya que dicha comisión no se encuentra destinada a financiar la pensión de la demandante y si la consecuencia de la ineficacia era que las cosas volvieran al estado anterior, esto es, que el contrato de afiliación nunca existió, Protección no debió administrar los aportes de la demandante y por ende respecto de ellos no se causaron rendimientos, lo que daría lugar a hablar de restituciones mutuas, no pudiéndose desconocer que el bien que administró Protección produjo rendimientos y mejoras que son los gastos de administración por ello esa AFP los debía conservar.

Por su parte, **Colpensiones**, indicó que se había invertido la carga de la prueba, sin embargo, tal decisión desconocía la jurisprudencia emitida respecto de la inversión de dicha carga conforme la sentencia T 422 de 2011, evidenciándose que la demandante decidió trasladarse de régimen de manera libre y voluntaria y la sentencia atentaba con el principio de sostenibilidad

financiera al ordenar a Colpensiones a tener como afiliada a una persona que no había cotizado a dicho régimen por más de 20 años, que ya contaba con edad pensional, vulnerando el principio de igualdad respecto de los demás afiliados que sí cotizaban mes a mes en el RPM.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora ROCÍO ESPERANZA REINA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Protección S.A., el 19 de agosto de 1999 y que fuera allegado por esta demandada en medio magnético.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación

que en efecto le asistía a las administradoras desde su creación legal, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En estos, contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, la demandante no alega vicio del consentimiento alguno, sino la ineficacia de su traslado por falta del deber de información; caso en el cual, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

De las pruebas aportadas al expediente se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Rocío Reina, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera; y en interrogatorio de parte vertido por esta, señaló que le pusieron de presente cuestiones eminentemente beneficiosas del RAIS, sin señalarle en ningún momento desventaja alguna de este régimen, además de indicarle un hecho incierto como que el ISS, se iba a acabar, no siendo de su resorte investigar la veracidad de tales afirmaciones, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada a la señora Irma, quedando así demostrado que la demandada Protección S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que

resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*
>
> *(ii)* ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal***

acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, contrario a lo indicado por Colpensiones la afiliación al RAIS de la demandante, no se ratifica por el hecho de que haya permanecido en dicho régimen, pues desde la fecha de su afiliación, dicho traslado resultaba ineficaz al demostrarse que no se le dio la información relevante al respecto.

De otra parte, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones esbozado en alegaciones y recurso, según el cual, de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

De igual forma, no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Protección S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguro, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL

1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

> *También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración*** *debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia,** dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida, en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 20-2020-00186-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: HERNÁN DOMINGO CORTÉS VILLEGAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.014.196.194 y tarjeta profesional No. 276.516 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional No. 365.094 del C.S de la J como apoderado sustituto de la AFP PORVENIR, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 06 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

El señor HERNÁN DOMINGO CORTÉS VILLEGAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE que BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR lo asesoró equivocadamente al afiliarlo a dicha entidad. Como consecuencia, solicita se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación suscrita a la AFP BBVA HORIZONTE hoy AFP PORVENIR; se condene a PORVENIR a trasladarlo a COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a dicha entidad; se condene a COLPENSIONES activarlo en el sistema, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 4 a 5 archivo "01. 2020-00186" y fls 6 a 7 archivo "04.2020-186 ORD-FLS 72-142. Subsanación demanda").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de abril de 1956; que al momento de la presentación de la demanda cuenta con 64 años cumplidos; que inició su vida laboral cotizando al ISS hoy COLPENSIONES; que en el ISS alcanzó a cotizar 680 semanas; que durante su vida laboral ha cotizado 1540 semanas; que el 05 de noviembre de 2022 se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR; que el traslado se dio por iniciativa de su empleador FLOTA LA MACARENA, pues les indicó que debían pasar por el área de talento humano a firmar el

formulario de afiliación; que la AFP no le brindó ninguna asesoría; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 5 a 7 archivo "01. 2020-00186" y fls. 7 a 9 archivo "04.2020-186 ORD-FLS 72-142. Subsanación demanda").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4, 24 y 25 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la genérica. (fls. 4 a 43 archivo "06. 2020-186").

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 5, 6, 14 y 17, dijo no constarle el 3, 4, 7, 16, 18, 19, 20, 24 y 25 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denomino prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 4 a 37 archivo "11. 2020-186").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> *"**PRIMERO:** DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor HERNAN DOMINGO CORTES VILLEGAS, el 05 DE NOVIEMBRE DE 2002, al FONDO PENSIONAL PORVENIR S.A., conforme a lo considerado en la parte motivade esta decisión.*

> ***SEGUNDO:*** *DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANADE PENSIONES-COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO:*** *ORDENAR a la administradora AFP PORVENIR S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado el señor HERNAN DOMINGO CORTES VILLEGAS, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
> ***CUARTO:*** *CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES, Y AFP PORVENIR S.A., a favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.*
>
> ***QUINTO:*** *CONSULTAR en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses de COLPENSIONES, entidad administradora de pensiones de la cual es garante la Nación."*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la línea jurisprudencial de la CSJ ha sido pacífica. Que un traslado genera ineficacia cuando no ha sido informado. Que no es suficiente la firma del formulario de afiliación. Que la demandada no probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que no se probó la existencia de un vicio del consentimiento. Que la carga probatoria corresponde al demandante. Que conforme lo ha indicado la Corte Constitucional en los casos de traslado se estaría descapitalizando el sistema.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Hernán Domingo Cortés Villegas, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP BBVA HORIZONTE

hoy Porvenir, en el año 2002 (fl. 30 archivo "01. 2020-00186").

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue**

algún tipo de engaño, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Hernán Domingo Cortés Villegas, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2002; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal*

c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de

afiliación suscrito por el actor en el año de 2002, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no se le brindó ninguna asesoría al momento del traslado.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no el demandante como lo pretende COLPENSIONES, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, como lo indica COLPENSIONES en su apelación, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2002,** resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

Ahora bien, conforme lo apelado por Colpensiones se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de las diferentes AFP dentro del RAIS, los que deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

> *También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados****, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración** y que la AFP PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración**,** durante la vigencia de la afiliación de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29-2020-00396-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LORENZO NAZARIT SANDOVAL

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y, del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor LORENZO NAZARIT SANDOVAL por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que inició a cotizar desde el 22 de enero de 1991; que en el 2009 se afilió a la AFP PROTECCIÓN la cual es ineficaz, inválida o nula por falta de consentimiento informado; declarar que la afiliación efectuada por la AFP COLFONDOS es ineficaz, inválida y/o nula por falta de consentimiento informado; se declare que la AFP COLFONDOS Y PROTECCIÓN no cumplieron con su obligación de proporcionar al demandante una información competa, veraz y comprensible. Como consecuencia, solicita se ordene a la AFP COLFONDOS que autorice el traslado del actor a COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos y gastos de administración en caso de que hayan sido descontados; se ordene a COLPENSIONES que reciba al actor, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 4 a 5 archivo "001Expediente").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició a cotizar al ISS hoy COLPENSIONES desde el 22 de enero de 2021; que se trasladó del RPMPD a la AFP COLFONDOS en el año 1997, posteriormente a la AFP PROTECCIÓN en el mes de noviembre de 2009 y nuevamente a la AFP COLFONDOS en julio del 2014; que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la ley 100 de 1993 contaba con más de 13 años cotizando al RPMPD; que nació el 24 de diciembre de 1960, por lo que cumple los 62 años el mismo día y mes del año 2022; que tiene un total de 11.432 semanas cotizadas; que solicitó la ineficacia del traslado ante las demandadas sin obtener una respuesta favorable. (fls. 5 a 6 archivo "001Expediente").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3 6, 8 y 9; negó el 7;

dijo ser parcialmente cierto el 4 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (fls. 2 a 13 archivo "007ContestaciónColpensiones").

Por su parte, **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1; negó el 3 y 5 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago. (fls. 4 a 19 archivo "012Contestación COLFONDOS").

Finalmente, la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION**, no contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, por lo que la falladora de primera instancia la tuvo por no contestada mediante auto del 3 de agosto de 2021. (archivo "014AutoFijaFecha"cccccccc).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO:*** *DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del señor LORENZO NAZARIT SANDOVAL identificado con C.C. N. 4.637.629, realizada ante COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS el 21 de julio de 1997, 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 lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***SEGUNDO:*** *ORDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante LORENZO NAZARIT SANDOVAL, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

TERCERO: *ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

CUARTO: *ABSOLVER a Protección S.A., de las pretensiones incoadas en su contra.*

QUINTO: *SIN CONDENA en costas.*

SEXTO: *CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS." (fls. 145 a 146)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el presente caso como lo ha reiterado la CSJ debe estudiarse desde la ineficacia del traslado por falta de información al momento del traslado. Que el deber de información se debe revisar a la fecha del traslado, pues el deber de información ha venido evolucionando. Que no es suficiente con el formulario de afiliación. Que no hay lugar a devolver las cuotas de administración. Que no se debe condenar en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que se debe adicionar la sentencia para ordenar que también se devuelvan a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración conforme a la línea jurisprudencial de la CSJ.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor **Lorenzo Nazarit Sandoval**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS, en el año 1997 (fl. 21 archivo "012ContestaciónCOLFONDOS") y, posteriormente a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN el 30 de septiembre del 2009 (fl. 05 archivo

"004SubsanaciónDemanda) y nuevamente a la AFP COLFONDOS en el año 2014 (fl. 20 archivo "012ContestaciónCOLFONDOS"), entidad ésta última en la que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el**

suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Lorenzo Nazarit Sandoval, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones***

constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor. No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ni por los traslados horizontales que efectúo dentro del RAIS, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP COLFONDOS, es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1997, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que en el año 1997 que se trasladó a la AFP COLFONDOS sólo le manifestaron que el ISS se iba acabar y que por tanto debía trasladarse a la AFP COLFONDOS.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997,** resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

Ahora bien, conforme lo apelado por Colpensiones se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de la AFP PROTECCION y COLFONDOS, los que deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados****, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento

ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral SEGUNDO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos tanto por la AFP COLFONDOS como por la AFP PROTECCION, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes y rendimientos.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración** y que la AFP PROTECCIÓN Y AFP COLFONDOS debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración**,** durante la vigencia de la afiliación del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las

reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 16-2020-118-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: EVELIO GARCÍA SANDOVAL
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos indicados en el memorial de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado concedido en auto anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

El señor EVELIO GARCÍA SANDOVAL, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que es

beneficiario de pensión de vejez en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene liquidar a su favor dicha prestación ya que cuenta con 1300 semanas de cotización, cumpliendo los requisitos para el efecto el 31 de agosto de 2017. (fls. 23 y 24).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que cuenta con 62 años de edad, que solicitó a la demandada reconocimiento pensional, entidad que a través de resolución SUB 70453, del 14 de marzo de 2018, le negó su solicitud, argumentando que únicamente contaba con 968 semanas de cotización, que laboró para diferentes sociedad que no pagaron a su favor aportes al sistema pensional, que laboró para Almacén la Ducha Pedro A Pineros y Cía., durante más de 5 años en el periodo comprendido entre 1972 a 1977 y para Central de Relojería entre 1990 a 1994 y dichas sociedades no efectuaron los aportes pensionales a su favor. (fl. 24).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 6 y 7 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derecho por fuera del ordenamiento legal, buena fe, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas y la genérica. (fl.40).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra declarando probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligacion y condenó en costas al demandante. (fl.60).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

Cumplidos como están los presupuestos procesales sin que se observen causa nulidad que invalide lo actuado, parte entonces el juzgado de la fijación del litigio conforme a la cual la parte demandante pretende que se declare que le asiste derecho a la pensión de vejez en contra de la demandada y así mismo es beneficiario del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993 y pide que se condene a la demandada a pagarle la pensión de vejez conforme a la ley 100 de 1993 quizá hagan esas declaraciones y que se condene al pago correspondiente a lo cual pues se opone la parte demandada manifestando que no cumple los requisitos ni en régimen de transición ni conforme a la ley 100 de 1993 para acceder al derecho que pretende. Para desarrollar el problema jurídico que se ha planteado el juzgado debe acudir a la siguiente normativa fundamental, las normas más relevantes, fuentes derecho que se deben tener en cuenta para decidir.

Debe recordarse la obligación general a cargo de los empleadores como lo establece la ley de Seguridad Social artículo 17 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo cuarto de la ley 797 de 2003, consagra la obligatoriedad de cotizar a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, empleadores y contratistas dependiendo como base el salario de ingresos devengados según sea el caso, la obligación general que allí se consagra también en la ley 100 de 1993 prevé los mecanismos para que las administradoras de fondos de pensiones efectúen los cobros de las cotizaciones en mora que puedan existir por parte de los empleadores.

El artículo 24 la ley 100 de 1993 dice que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el gobierno nacional, para tal efecto la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado restara mérito Ejecutivo, asimismo hay que tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que ha sido perentoria y clara en definir las diferencias que existen entre los fenómenos de la falta de afiliación que un empleador esté en curso y distinto al fenómeno de la mora del empleador con consecuencias disimiles desde el punto de vista del derecho a la Seguridad Social el asunto entonces está plasmado en reiterada jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia es sobre lo cual el juzgado citará una sentencia reciente como en la sentencia SL 5089 del 2 de diciembre del año 2020, allí la Corte Suprema recordó lo siguiente" en efecto tal y como lo señaló el tribunal a partir de varias sentencias como la SL 9857 de 2014, 17300 y 4388 de 2015 esta Sala de la Corte ha diferenciado efectivamente los contextos de mora en el pago de los aportes con los de falta de afiliación del trabajador y ha precisado que mientras en el primer caso las semanas puede ser convalidadas para el afiliado si el respectivo fondo de pensiones no acredita el ejercicio de las acciones de cobro, en el segundo lo que resulta preciso demostrar la existencia de un empleador omiso en la afiliación para obligarlo a trasladar a la correspondiente administradora el valor de un cálculo actuarial correspondiente a los períodos omitidos, en reciente sentencia SL 4021 de 2019 la corte reiteró al respecto" la corte cita esta sentencia 2019 así; con todo, valga recordar que la decisión del colegiado no se aleja la jurisprudencia de esta sala de casación que han resaltado las diferencias de mora en el pago de aportes y falta de afiliación expresión esta última que se puede asimilar a la omisión en comunicar el ingreso del trabajador por parte del empleador.

Del primer caso se ha señalado que no es admisible que las consecuencias de la omisión del empleador en realizar el pago de las cotizaciones se traslade al afiliado si antes no se acredita por la administradora que adelantó las gestiones de cobro correspondiente, más adelante dice, en el caso de la no afiliación la Corte sostiene que tal circunstancia no puede equipararse a la mora pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con que no comunica su ingreso al sistema ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubiera correspondido a las administradoras en caso de afiliación, este último aspecto ha sido morigerado y actualmente entre otras razones con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la ley 197 de 2003 reglamentado por el decreto 3798 de ese mismo año se admite la inclusión de estos tiempos al no existir afiliación siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y además se reúnan los recursos mínimos emitidos para la correspondiente prestación"

Cita de la Corte Suprema de Justicia, es decir es en esta sentencia mencionada reitera la jurisprudencia sobre estos temas en particular ha predicado que cuando se trata de la omisión de afiliación es decir no existe esa afiliación que haya hecho un empleador respecto del cual ha recibido unos servicios personales pues esos tiempos únicamente podrían tenerse en cuenta primero; si están demostrados cabalmente la prestación de los servicios, que se prestaron unos servicios que se trabajó para unas empresas o personas naturales durante el tiempo que debidamente este demostrado que se pueda deducir que efectivamente era un empleador y que por tanto está obligado a hacer las cotizaciones en pensiones a ese trabajador y además a condición de que ese empleador traslade el cálculo actuarial, los valores que corresponde por esa omisión que incurrió sean trasladados a el fondo de pensiones donde está afiliado el trabajador para que con base en ese soporte actuarial pues se tengan en cuenta esas semanas para acceder al derecho de la pensión, distinto a cuando lo que hay es una mora es decir el empleador sí afilio a su trabajador y le hizo cotizaciones pero dejó de pagar en un momento dado 1 o varios periodos de tiempo caso en el cual o teniendo en cuenta que las administradoras de fondos de pensiones tiene la facultad de los cobros, cobrar jurídicamente constituir a título ejecutivo para cobrar las cotizaciones en mora a los empleadores y no han efectuado esas operaciones esas acciones pues se deben tener en cuenta sus tiempos porque no se puede afectar al trabajador que siempre y cuando está demostrado que prestó sus servicios y que hubo mora en el pago de cotizaciones por parte de su empleador pues no se le puede afectar y hay que tener en cuenta esos tiempos. Hay que tener en cuenta también para decidir este asunto del acuerdo 049 de 1990 que es el régimen del seguro de invalidez, vejez y muerte del ISS previo a la emisión de la ley 100 de 1993 tener en cuenta también el artículo 36 de la mencionada ley de Seguridad Social integral que consagró régimen de transición, el acto legislativo 01 de 2005 que limitó el tiempo la vigencia de ese régimen de transición con base en toda esa normativa procede el juzgado a estudiar el caso que nos ocupa, las pruebas legales oportunamente aportadas y los fundamentos fácticos que son aducidos.

Solicita entonces la parte actora que se tengan en cuenta unos tiempos de servicio que aducen pero esto es demandante para unos empleadores como Almacén la ducha Pedro Piñeros y compañía Limitada y Central de relojería, Centro Mundial de reparación 3, dice entonces que hay que validar esos tiempos de servicio y que con ellos se completan las semanas que requiere para acceder al derecho pensional y que no fueron tenidos en cuenta dice por Colpensiones este tema en particular pues relaciona la jurisprudencia a que aduce o que hace referencia a situaciones como el derecho a el Habeas Data, al precedente judicial de las Cortes de cierre, de las jurisdicciones ordinaria laboral y la jurisdicción constitucional, las facultades que tienen en fondos de pensiones para precisamente llevar a cabo los cobros jurídicos por periodos en mora y la consolidación y estructura y conservación de la historia laboral de sus afiliados; descendiendo al estudio las pruebas concretamente pues se observa que efectivamente el derecho le fue negado, el derecho a la pensión de vejez al demandante pero también se tiene que decir que se le concedió un derecho propio también de la Seguridad Social pensiones que reconoce indemnización sustitutiva de la pensión de vejez tenemos entonces se aportó con la demanda y también aparece así en el expediente administrativo que allegó Colpensiones con la resolución SUD 70453 del 14 de marzo de 2018 a partir del folio segundo de este expediente, dice allí que el 21 de febrero 2018 el demandante pidió que le reconocieran la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y presentó una declaración juramentada en la manifiesta su imposibilidad a seguir cotizando allí se efectuó el conteo de semanas para un total de 968 concluyó Colpensiones y estudió las exigencias de la indemnización sustitutiva concediéndola al señor demandante, posteriormente aparece la resolución SUB 327559 del 20 de diciembre de 2018 porque solicitó el 6 de septiembre de ese año la pensión de vejez allí hace el estudio Colpensiones llegando a la conclusión de que tiene 965 semanas de cotización pero que ese número de semanas no le es suficiente para la adquisición del derecho pensional que solicita conforme al régimen de transición y tampoco conforme a la ley 797 de 2003 o sea la que modificó la ley 100 de ese año, pues los requisitos de ley 100, requisitos de la ley de Seguridad Social integral allí efectúa el estudio Colpensiones diciendo que realizadas las validaciones en las bases de datos y con la información suministrada no fue posible encontrar cotizaciones a nombre de la afiliada para los ciclos 1972 a 1977 pues el empleador Almacén Pedro A Piñeros y compañía limitada ni para los periodos 1990, 1994 concentrando Relojería Centro Mundial de Reparación; sin embargo existen aportes para algunos sitios con otros

aportantes como se puede evidenciar con el reporte de historia laboral cuenta con 965 semanas", pasa entonces a resolver negando el reconocimiento de la pensión de vejez posiblemente aparece la resolución DPE 712 del 14 de marzo de 2019, folio 9 en adelante apuntado con la demanda y también aparece en el expediente administrativo, allí se resuelve recurso apelación contra lo decidido en la anterior resolución y pues básicamente válida o ratifica los mismos argumentos de Colpensiones en la resolución recurrida en esta resolución que resuelve la apelación se concluye que tiene 965 semanas y pasa a efectuar el estudio de los requisitos de ley, con el régimen de transición que se invoca, artículo 36 de la ley 100 de 1993, llegando a la conclusión que no reúne las exigencias de semanas de cotización y por eso pues confirma todas sus partes la resolución 327559 del 20 de diciembre del año 2018.
Con las pruebas aportadas al plenario, se puede llegar a la conclusión de que en este asunto en este proceso no se demostró de manera alguna la prestación de servicios del señor Evelio García Sandoval para ninguna de las entidades que aduce el actor y esas son las razones por las cuales no encuentra el juzgado acreditadas más semanas de las que están catalogadas en la historia laboral de cotizaciones y las que fueron tenidas en cuenta por Colpensiones en los actos administrativos a los que se ha hecho referencia de modo que pues claramente hay que decir que en este caso deberá absolverse a Colpensiones porque no se demuestra que el actor tenga los requisitos para acceder a pensión en régimen de transición ni tampoco conforme a la ley 100 de 1993.

En este tema pues hay que recordar que según la historia laboral de cotizaciones actualizada que presentó Colpensiones con fecha 19 de marzo de 2021 el demandante tiene 899.57 semanas que aparecen allí cotizadas sin embargo no aparece empleador alguno de los que menciona la parte actora que le hayan afiliado al señor demandante ni almacén la ducha Pedro A Piñeros y Compañía Central de relojería, Mundial de reparación, dice el demandante laboró para almacén la ducha Pedro A Piñeros que durante 5 años, además hay que decir que no hay claridad en los hechos tampoco, no precisa cuáles fueron las fechas en que laboró durante más de 5 años dice pero que fue entre 1972 y 1977 no precisa de qué fecha a que fecha de esos años, si fue continuo o no, habla de más de 5 años que tampoco daría la cuenta más de 5 años de 1972 a 1977 pero de todas formas ese empleador no está registrado, no cotizó, no aparece como afiliado del demandante en la historia laboral que presentó Colpensiones y en las que aparecen en el expediente administrativo y tampoco se registra Central de Relojería para los periodos 1990- 1994 los cuales tampoco especifica el demandante cuáles son las fechas exactas en que laboró presuntamente para ese empleador, hay que destacar que en esos lapsos aparecen otros empleadores, aparece la primera cotización del demandante con el empleador Rodríguez P Hernando, es a partir del 15 de enero del 74 al 30 de mayo del 74 con almacén Constructodo de 7 de enero del 77 al 15 septiembre del 77, esto para referirnos al periodo que el menciona es decir hay afiliación y cotización pero por otros empleadores y en cuanto Central de relojería y Centro mundial dice que del 90 al 94 y para ese periodo aparecen desde el 91 García Sandoval Evelio, 21 de febrero del 91 al 31 de mayo del 92, Mesa Buitrago Bertha 28 de julio del 92 al 31 de diciembre del 94 es decir hay otro empleador allí no en el periodo exacto que pues tampoco precisa el demandante, pero en ese lapso del 90 al 94 aparece otros empleadores y no los que los que refieren de manera que con el número de semanas que tiene el demandante y teniendo en cuenta su edad pues no acredita requisitos ni en régimen de transición ni conforme a la ley 100 de 1993, hay que recordar además lo siguiente:

En punto del régimen de transición que refiere el demandante, ese régimen se adquiere cuando en el caso de los hombres tienen 40 años a 1 de abril de 1994 o 750 semanas de cotización o 15 años de servicios cotizados en esa fecha de lo contrario pues no se tiene el derecho al régimen de transición requisitos que ninguno de estos cumple el demandante, porque si nació el 20 de febrero de 1956 como la acredita la copia de su cédula de ciudadanía y que es un hecho que así declara el mismo demandante y aparece la copia de ese documento a folio 19 pues es claro que no alcanzaba a tener 40 años porque solo los cumplió en el año 96 no tenía 40 años a primero de abril del 94 y de las semanas cotizadas tampoco tenía 15 años de cotizaciones para ese momento es decir que él nunca fue beneficiario del régimen de transición, no es necesario entonces entrar a considerar el acto legislativo 01 de 2005 que limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010 es decir que hasta esa fecha se tenía por quiénes eran beneficiarios del régimen de transición

para reunir los requisitos de la ley anterior a la ley 100 del 93 o hasta el 2014 se hizo extensible ese régimen sí tenía 750 semanas cotizadas a 29 de julio de 2005 cuando entró a regir el acto legislativo 01 de ese año, no es necesario entrar a ese análisis porque el mismo es pertinente siempre y cuando se trate de personas que fueron beneficiarias del régimen de transición y eso se verifica solamente si a 1 de abril del 94 contaban con las condiciones ya mencionadas que no las cumple el señor demandante de manera que el camino que quedaría para el actor este hubiese reunido los requisitos de la ley 100 de 1993 y pues es claro que no lo reúne teniendo solo 899 semanas de cotización eran 1000 semanas con el texto original de la ley 100 del año 1993 sin embargo como es sabido a partir del primero de enero del año 2014 la edad se incrementa a 62 años en el caso de los hombres, el señor demandante pues en el 2016 20d e febrero cumplió 60 años de edad ósea que a él se le aplica la edad de 62 años o sea 22 de febrero 2018 tendría la edad, los que si bien alcanzó, no cumplió las semanas las 1300 que debió cumplir el demandante en el 2018 conforme al artículo 33 mencionado la ley 100 de 1993 y que pues se encuentra bastante lejos de acreditar ese requisito.

En síntesis entonces pues habrá de negarse las pretensiones se reitera que no es el mismo manejo la mora del empleador a la opción la omisión del empleador que es lo que se predica en este caso o se predicaría en este caso es distinto a la mora del empleador por qué para que se puedan tener en cuenta los tiempos cuando hay omisión del empleador en hacer afiliación y cotizaciones, el requisito esencial es demostrar que se prestó un servicio para ese empleador y por unos tiempos precisos y determinados y por unos salarios demostrados también y que efectivamente se demuestre que hubo una relación de trabajo porque esta relación son de prestación de servicios no de trabajo y no obligan hacer cotizaciones entonces no solo de probarse que se prestó unos servicios sino que éstos fueron servicios subordinados debidamente probados y acreditados cuando eso se demuestra existen algunas particularidades qué ese empleador haya acudido voluntariamente y haya solicitado el cálculo actuarial ante el fondo de pensiones y lo haya pagado lo haya constituido y en ese caso pues se deben tener en cuenta las semanas correspondientes o bien que se le haya demandado a ese efecto a esos empleadores para declarar la relación de trabajo y efectuarle las condenas si hubiera lugar para que efectúen esos traslados o cálculos actuariales y puedan ser tenidos en cuenta por las administradoras de fondos de pensiones sin embargo ninguno de esos eventos ocurrió en este caso donde se reitera que no fueron llamados a juicio los empleadores pero sobre todo tampoco se demostró prestación del servicio alguna del actor para los mismos por supuesto que la mera presentación de los certificados de existencia y representación legal no demuestran la prestación de un servicio de una persona natural en favor de esas personas jurídicas, no hay otras pruebas entonces en el proceso que se hayan solicitado o aportado o decretado para la acreditación cabal de unos tiempos precisos de servicio para los empleadores y desde ese punto de vista pues la carga de la prueba no está satisfecha no está cumplida por el extremo actor y pues debe según ya se ha anunciado pues debe emitirse decisión absolutoria en este caso, se ha de establecer en este caso entonces como probada la excepción de inexistencias derechos y obligación y por el resultado de la litis se abstendrá el despacho de pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta, se tiene que el accionante solicita se le reconozca la pensión bajo los parámetros del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y COLPENSIONES negó tal derecho mediante actos administrativos visibles de folio 2 y s.s., del plenario, para lo cual argumentó que el señor Evelio sólo contaba con 965 semanas de cotización, siendo las requeridas 1300.

Al efecto si bien el demandante indica que se le deben aplicar las previsiones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que no invoca ser beneficiario del régimen de transición y como bien lo señaló el juzgador de primer grado, no ostenta tal calidad como quiera que a 1 de abril de 1994, contaba con 38 años de edad (fl. 19), esto es, no había arribado a los 40 años de edad, de igual forma de historias laborales allegadas por las partes (fls. 17 y 40), se determina claramente que a la data en mención tampoco acreditaba 15 años de servicio o su equivalente en semanas de cotización, no siendo entonces beneficiario de dicho régimen.

Ahora en cuanto a la procedencia de efectuar sumatoria de semanas que señala laboró con las sociedades Almacén la Ducha Pedro A. Pineros y Cía y Central de Relojería – Centro Mundial de reparación, se tiene que de manera acertada refirió el juzgador de instancia que en los periodos deprecados por el actor como laborados a tales sociedades, 1972 a 1977 y 1990 a 1994, el actor cotizó a través de empleadores distintos a los señalados y ello también lo pone de presente la demandada en sus alegaciones, pues las historias laborales antes mencionadas dan cuenta que en dichos interregnos temporales cotizó con los empleadores Hernando Rodríguez, Bertha Mesa, Almacén Constructodo y de manera independiente.

Aunado a lo anterior ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 1355 de 2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas que las cotizaciones al sistema pensional devienen de la relación de trabajo, para lo cual indicó la Corte en dicha oportunidad:

> *Para dar respuesta al cargo, conviene recordar que esta Corporación, de manera reiterada y pacífica,* ***ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Así, la actividad efectiva, desarrollada en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado.***
>
> ***Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL 34270, 28 oct. 2008, la Sala explicó que «en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»;*** *en la CSJ SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la CSJ SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la*

actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras».

Es claro entonces que los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al asalariado un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en su desgaste físico natural. De allí que, precisamente, para que pueda hablarse de «mora patronal» es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo: la mora del empleador debe tener sustento en una relación de trabajo real. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se tiene que para el caso del señor Evelio, no probó siquiera sumariamente la existencia de la relación de trabajo respecto de las sociedades Almacén la Ducha Pedro A. Pineros y Cía y Central de Relojería – Centro Mundial de reparación, lo que impide entrar a analizar si tenían obligación alguna de cotizar a su favor, como tampoco fueron llamadas a juicio para dilucidar tal cuestión; por lo que ante tal orfandad probatoria, no hay lugar a efectuar sumatoria alguna de las semanas cotizadas por este, que se itera, ascienden a 968.29, siendo las requeridas 1300, en tanto como se estudió, el actor no es beneficiario de régimen de transición y tampoco cumple con los requisitos para pensionarse bajo los apremios del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, razones suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, por las razones señaladas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en en el grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 7-2019-852-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: SANDRA DEL PILAR LOPEZ CORREA
DEMANDADO: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP “TELEFÓNICA”

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferido por el Juez 7 Laboral del Circuito de Bogotá, el día primero (1) de diciembre de dos mil veintiuno, (2021) por medio del cual resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el despido al que fue sujeto la actora SANDRA DEL PILAR LOPEZ CORREA el día 27 de mayo de 2019 por parte de la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP “TELEFÓNICA”, fue ilegal y por tanto procede el reintegro de la actora. SEGUNDO: ORDENAR EL REINTEGRO DEFINITIVO de la demandante

señora SANDRA DEL PILAR LOPEZ CORREA, conforme a lo señalado en la sentencia de tutela emitida por el Juzgado 7° Municipal de Pequeñas Causas Laborales el día 4 de septiembre de 2019 y confirmado por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de octubre de 2019 en las cuales se concedió el reintegro transitorio.

TERCERO: en aplicación a las facultades ultra y extra petita, se CONDENA a la sociedad demandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP “TELEFÓNICA”, la sanción contemplada en la Ley 361 de 1997 de 180 días de salario, por haber terminado la relación laboral en condición de estabilidad laboral reforzada.

PRETENSIONES

La señora **SANDRA DEL PILAR LÓPEZ CORREA** a través de apoderado instauró demanda en contra de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP “TELEFÓNICA”,** para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que la demandada la despidió sin justa causa, gozando de estabilidad laboral reforzada, violando el debido proceso. En consecuencia, solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual jerarquía, al pago de salarios desde el despido y hasta el reintegro, pago de aportes, prestaciones, vacaciones sin que se ordene descuento por indemnización por despido, todo conforme lo ordenado en acción constitucional.

HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma que cuenta con una edad superior a 53 años, que ingresó a laborar el 8 de noviembre de 2010, en el cargo de analista de cartera, que en febrero de 2012, acudió a la clínica nueva y le fue diagnosticado un tumor maligno-cáncer rectal-; que se le practicó cirugía en mayo de 2012, que le extrajeron el colón y el 70 % del recto, que fue sometida a quimioterapia, que requiere así de vigilancia y control médico, que el 27 de mayo de 2019, fue despedida sin justa causa, que tiene un cuadro de enfermedad terminal, que estos hechos eran conocidos por el empleador, que el Juzgado 7 de pequeñas

causas profirió sentencia de tutela ordenando el reintegro que tal orden fue cumplida, ordenando el descuento de la indemnización, que la acción de tutela fue confirmada por el Juzgado 31 laboral del circuito y enviada a la corte constitucional para revisión y no fue seleccionada, que en la providencia se determinó el carácter transitorio debiendo demandar en 4 meses. (Expediente Digital).

La demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, negando en su mayoría los hechos o manifestando desconocerlos; excepto los relativos a la acción constitucional. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación, buena fe, improcedencia e imposibilidad del reintegro, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud de la actora, alcance de la ley 361 de 1997, la demandada no causó perjuicio a la actora, prescripción y genérica. (Expediente Digital)

Tramitada la primera instancia el juez 7 Laboral tomó la decisión que hoy revisa la Sala afirmando en síntesis lo siguiente: *"….Luego de referirse a las normas, jurisprudencia y pruebas entre ellas la acción de tutela, carta de terminación, certificaciones y pagos realizados, así como el dictamen de 1de agosto de 2013, en donde la junta regional determina una perdida de capacidad de 28%, fecha de estructuración 12 de enero de 2013, historia clínica, interrogatorios, declaraciones de testigos entre otras. Citó sentencias dela CSJ sobre esta garantía de la ley 361 de 1997, específicamente sobre los grados de limitación severas o profundas para quienes o a quienes se dirige la garantía, y concluyó que en este caso, para el momento de la terminación del contrato la actora acreditó un estado de salud, especial que desde el 20123 contrajo cáncer de colon y que desde allí ha sido tratada y que esta enfermedad es catastrófica y crónica y para y prueba que indique que para el año 2019, su condición haya desaparecido, pues incluso a la fecha de la audiencia se encuentra en tratamientos para la malignidad del cáncer que padece. Es claro que la empresa aún sabiendo que la demandante padece esa enfermedad catastrófica y que aún está en tratamiento para la terminación ni siquiera indagó su condición tal y como se acreditó con las declaraciones de testigos, no indagó para establecer la condición de la demandante y eso se acredita con las pruebas. Así las cosas,*

la enfermedad de la actora desde 2012, es catastrófica y no es aceptable que sin indagar la hubiese despedido pues la empresa a si tenía conocimiento de la salud de la demandante, el jefe le daba permisos para asistir a los controles. Cita sentencias de la C Constitucional sobre los enfermos de cáncer pues se busca asegurar la continuidad de los tratamientos, derecho a la salud, y reitero que la actora si tuene un dictamen del 28% con fecha de estructuración del 12 de enero de 2013 y la empresa no quiso indagar sobre la salud de la demandante y con el interrogatorio de parte se pudo acreditar que la empresa si conocía la enfermedad de la actora desde 2012, lo que desdice de las afirmaciones irresponsables sobre no conocer esa condición…."

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandada interpuso recurso así: ***"…*** *la sentencia en su parte inicial y final no concuerda porque se hace alusión a los requisitos que señala la CSJ para ser sujeto de protección, pues en este caso la demandante para la fecha de retiro la demandante desarrollaba sus labores de manera normal y no tenía recomendaciones de manera normal ni por el cáncer que dice que tuvo en 2012, ya que no tenía restricciones por ello para hacer sus funciones, luego no tiene estabilidad de acuerdo con la Ley 361 de 1997 art 26. Dice que en este caso el despido no es por la limitación. Cita sentencia de la C S J de justicia en las mismas sentencias que cita el despacho, e insiste en que debe probarse que el despido es en razón de la limitación e insiste en que debe conocerse en el momento del despido. Agrega que no solo debe darse una debilidad manifiesta, sino existir la calificación y conocer ese estado para el 2019, la demandante no cumplía con esos requisitos ni tampoco las que señala la corte constitucional no estaba incapacitada no tenía recomendaciones para cumplir o desarrollar su cargo no presentó calificación de pérdida de capacidad, no existía concepto médico que indicara que no podía desarrollar sus labores ni que presentara discapacidad. Durante toda la vigencia ejerció su cargo sin ninguna restricción por tanto no gozaba de estabilidad, no contaba con pérdida de capacidad laboral luego no era sujeto de protección. Dice que el cáncer fue superado que, si lo conoció, pero ese cáncer fue superado tanto que cuando se pretendió pensionar no lo fue porque no tenía ninguna discapacidad. Agrega que no hay estabilidades perpetuas y a la terminación insiste se había superado el cáncer, no tenía un tratamiento especial solo controles normales a los que cualquier persona*

asistir. Dice que los trabajadores tienen obligaciones y deben informar el estado de salud. El juzgado desbordó la fijación del litigio al habar de condición de prepensionada y este proceso no trata de ello…"

CONSIDERACIONES

En cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiara el recurso, en sus específicos argumentos, advirtiendo que este se limita a insistir en el desconocimiento del estado de salud de la demandante al momento del despido y a la inexistencia de requisitos para ser sujeto de estabilidad laboral reforzada, dado lo señalado tanto por la CSJ como por la corte constitucional.

i) De la estabilidad laboral reforzada

Previo a resolver la Sala debe hacer algunas precisiones; advirtiendo que cada caso relacionado con estabilidad laboral reforzada se revisa justamente con el objetivo de determinar no solo que exista la protección; sino las consecuencias que genere, dadas las particulares modalidades o de contrato o razones de la terminación y otras que efectivamente han sido aclaradas no solo por la CSJ sino por la Corte Constitucional.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que "En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo..."**

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores de obstaculizar una vinculación laboral por

motivo de la limitación física de una persona, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016. y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: "(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.**

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad **o bien un estado de debilidad manifiesta que también evidentemente es cierto, ha sido ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, pues si ella existe el despido o terminación se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

Conviene y no sobra agregar que en sentencia **SL572 de 2021 Rad 86728, M P LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ; la C S J insiste, en que exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral no es un capricho, porque la protección derivada de la ley 361 de 1997, requiere de una situación de discapacidad, al tiempo afirma, "que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido".** Incluso agrega la Corte que, para conocer ese nivel de disminución en la capacidad laboral por razones de salud, **no basta una historia clínica, sino que es necesario establecer la limitación para**

laborar **y ello solo se logra con una evaluación de carácter técnico,** donde se valore **el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.**

Hechas estas precisiones, encuentra la Sala, incluso con lo afirmado por la recurrente, que la demandante no solo era una persona con un estado de salud, que generó un dictamen de pérdida de capacidad laboral, sino que, **sí lo conocía el empleador desde 2012, e incluso en 2019, pero que curiosamente pretende presentar como superado, para negar con esa razón la información que se itera, sí tenía.**

Resulta entonces claro que estando al servicio de la demandada, la actora fue diagnosticada con cáncer de colon, fue incapacitada, realizó tratamientos de quimioterapia y todos los propios de esta enfermedad, que dio lugar a que, en 2013, mediante dictamen N° 51903983 de 1 de agosto de ese año, la junta regional de calificación de invalidez de Bogotá Cundinamarca, determinara una perdida de capacidad laboral de 28% con fecha de estructuración 12 de enero de 2013, notificado a la demandante y fijado en cartelera; **que la demandada así como la recurrente admiten haber conocido, aunque afirmando que como la enfermedad se superó, al parecer también era necesario una nueva evaluación técnica insistiendo en que la trabajadora no la presentó y no lo informó.**

Resulta entonces claro que, si se conocía por parte del empleador la enfermedad de la actora, desde el 2012; pero además también, que, en 2019, previo a la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, **la trabajadora lo informó a la demandada, pues esa fue la razón para no aceptar el plan de retiro que se le ofreciera con una indemnización mayor a la legal, por lo que procedió ante esa negativa a dar por terminado el contrato; luego existiendo la valoración técnica, e incluso el estado de debilidad manifiesta, dado el tipo la enfermedad -cáncer-; que no es, como aduce la recurrente una que genere cualquier control a la que cualquier persona pueda asistir.** Vale resaltar y recordar que ello fue confesado por la representante legal en interrogatorio de parte, luego en esas condiciones el despido se presume discriminatorio **y debía la demandada probar que no lo fue demostrando una causal objetiva y no**

como se pretende que fuese la actora quien debiese probar que un nuevo dictamen aumento o disminuyó la pérdida de capacidad laboral.

En ese orden la Sala observa que la demandada no logró destruir la presunción, no logró acreditar una causal objetiva, por el contrario siendo Re informada de la existencia de la enfermedad, por la trabajadora y como argumento para no aceptar el plan de retiro, le terminó el contrato sin justa causa, sin que ello pueda admitirse como causal objetiva, pero **menos aún sin que pueda admitirse como argumento el expuesto en el recurso sobre el haber superado el cáncer, pues ello no puede afirmarlo eso sí cualquier persona; toda vez que la remisión del cáncer solo puede certificarla un profesional de la salud.**

La sala no puede más que concluir que en este caso existe la presunción, de terminación discriminatoria por lo que se aplican plenamente las sentencias de la Corte Suprema al respecto que como ya vimos explican detalladamente el tema y en el que se insiste se sigue sosteniendo que esta protección opera **solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido o terminación se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio; sin que se itera haya logrado la demandada destruir la presunción, probando una causal objetiva, esto es una restructuración de la empresa, que no pasó de ser una afirmación carente de respaldo probatorio y que tal y como señaló el Juez constitucional ni siquiera mencionó la aludida restructuración en la comunicación de despido, luego no puede ser aceptada ahora como verdadera razón de la terminación como expresamente exige la ley.** La sala insiste en que ni cuando se adelantó la acción constitucional, ni en este proceso fue acreditada la aludida restructuración.

Por lo expuesto la Sala CONFIRMARÁ la sentencia apelada, sin que sobre agregar que, aunque el Juez se refirió a una condición de prepensionada de la demandante, siendo esto efectivamente lejano al objeto del proceso, ello no implicó condena alguna, por lo que en nada incide en la parte resolutiva que pueda ser objeto de reproche.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia.

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 18-2019-423-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: FABIO BEJARANO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Mauricio Alejandro Capera, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos indicados en el memorial de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 3 de diciembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado concedido en auto anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

El señor FABIO BEJARANO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se CONDENE a la demandada a

reconocer y pagar incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, a partir del 1 de marzo del 2017, junto con retroactivo, intereses moratorios e indexación. (fl.3).

Fundamentó sus pretensiones señalando que se encuentra pensionado, prestación que le fuera reconocida por la demandada en resolución SUB 22601 a partir del 1 de marzo de 2017, que vive en unión libre con la señora Ángela Galindo desde hace 9 años, quien no disfruta de pensión y desde depende económicamente de él, que solicitó reconocimiento de incremento pensional ante la demandada el 22 de abril de 2019, el que le fue negado. (fl.2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada en el término concedido para contestar, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 4 y 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe. (fl.40).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante y declaró probada la excepción de cobro de lo no debido. (fl. 54).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que el incremento pensional estaba previsto en el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 y había quedado probado que al actor le había sido reconocido derecho pensional bajo los apremios de dicha normatividad por virtud de decisión judicial, circunstancia que también había sido aceptada por la demandada.

Que en cuanto a la vigencia de dicha disposición, existían varias posturas y en jurisprudencia reciente, se había señalado que dichos incrementos permanecían incólumes para quienes habían adquirido derecho pensional bajo los preceptos del acuerdo 049 de 1990 y bajo un principio de favorabilidad e inescindibilidad de la norma, de igual manera la Corte Constitucional en sentencia SU 130 de 2019, se ocupó de unificar dicha

interpretación al respecto indicando que tales incrementos habían quedado derogados a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, no produciendo efectos para quienes hubieran adquirido derecho pensional luego de la entrada en vigencia de la disposición legal en cita y respecto de los beneficiarios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, este no había sido previsto para los incrementos pensionales, ya que no habían tenido efecto ultractivo y desaparecieron de la vida jurídica desde el 1 de abril de 1994.

Que para el caso del señor Fabio, se había pensionado a partir del 1 de marzo de 2017, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993 y si bien se le había aplicado las previsiones del artículo 36 de la Ley en mención, ello por sí solo no lo hacía beneficiario del incremento deprecado como quiera que a la fecha de tal reconocimiento, este había sido derogado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión indicó la parte **demandante** que conforme a las pruebas arrimadas al plenario se había determinado que el demandante era beneficiario del régimen de transición siendo pensionado en los términos del Acuerdo 049 de 1990, por lo que solicitó no dar aplicación a la sentencia proferida por la Corte Constitucional, sino observar los preceptos proferidos al respecto por la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de debate que al señor Fabio Bejarano, le fue reconocida pensión de vejez en aplicación al régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1 de marzo de 2017, como se verifica de acto administrativo SUB22601 del 25 de enero 2019 (fl. 7) expedido por el ISS, siendo pertinente establecer en primer lugar si tal prestación solicitada se encuentra vigente, al encontrarse prevista en normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, para luego sí analizar si hay lugar a estudiar el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta.

El precepto legal que contempla prestación peticionada, es el artículo 21, literal b) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo

año, normatividad que exige para su reconocimiento, la dependencia económica del cónyuge o compañera (o) permanente e hijos menores respecto del pensionado (a), como también que en este caso, que el compañero permanente, no perciba asignación salarial o pensional.

Así las cosas, para determinar la vigencia de la norma antes mencionada con posterioridad a la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones, tal aspecto ha sido objeto de amplias interpretaciones, en algunas de las cuales se ha considerado expresa o tácitamente derogado por varias normas de la Ley 100 de 1993, como lo son los artículos 283 y 289 ya que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 reguladores en su orden de las pensiones de vejez e invalidez, no estipularon los incrementos consagrados en el artículo 21 del citado Acuerdo 049 de 1990.

En reiteradas providencias, esta Sala señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no estaba derogado ni expresa ni tácitamente y contrario a ello se indicó que dicha prerrogativa permanecía incólume para quienes accedieron al beneficio pensional por la aplicación directa del citado Decreto 758 o por su advenimiento en virtud de la transición pensional.

Por ello, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplían con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

No obstante lo anterior, como bien lo señala la demandada en sus alegaciones, en cuanto al incremento peticionado, la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de 2019**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el

art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

> *"Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.*
>
> *…Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."*

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad.

Descendiendo al caso objeto de estudio y al haberse pensionado el señor FABIO BEJARANO a partir del 1 de marzo de 2017, se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados, siendo pertinente indicarle al recurrente que esta Sala **acoge** el pronunciamiento antes transcrito, por cuanto se trata de una sentencia de **unificación** de criterios respecto de la aplicación de la normatividad deprecada, siendo de por ello, de preferente observancia y por lo tanto habrá de **confirmarse** la sentencia consultada, pero por las razones aquí señaladas.

Sin costas en la alzada.

En mérito a 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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la alzada.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No.19-2018-15-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ALEJANDRO QUINTERO DUQUE

DEMANDADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ SA ESP

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación presentada por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de septiembre de 2021, por medio del cual **ABSOLVIÓ** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. No condenó en costas. (Fls 197 y SS)

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor **ALEJANDRO QUINTERO DUQUE** por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, en contra de **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP ETB,** para que mediante un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo a término

indefinido desde el 21 de noviembre de 1997 hasta el 5 de abril de 2017, se declare que el extrabajador tiene derecho al incremento legal del 5,75 del salario integral de 2017, que el salario de 2017 fue de $10.596.543,39, que tiene derecho a reliquidación de las vacaciones y de la indemnización por despido injusto. En consecuencia solicita el incremento de 2017 diferencias entre lo pagado y lo que se debió pagar con la inclusión del incremento e indemnización moratoria, extra y ultra petita y costas y agencias en derecho. (Fls 3 al 11)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre los pates se celebró un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 21 de noviembre de 1997, que el cargo fue finalmente profesional especializado II, que el último salario fue de 410.020.372, que en 2017 la junta directiva decidió hacer un incremento equivalente al IPC de 2016, esto es del %,75% para los trabajadores con salario integral , que se informó que sería retroactivo desde enero, que el 5 de abril de 2017, fue despedido sin justa causa, que se le pagó el incremento, pero le fue descontado por cuanto la junta informó que el derecho al aumento solo era para trabajadores activos a 12 de abril de 2017, que elevó derechos de petición los cuales se resolvieron en forma negativa. (Fls 3 al 11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, excepto a la declaración del contrato, asegurando que el incremento solo era para aquellos trabajadores activos a la fecha del pago del retroactivo, y como quiera que el trabajador al 12 de abril de 2017, fecha del pago ya no lo era no era beneficiario del aumento. Admitió en su mayoría los hechos excepto el 6,12,13. Inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, pago compensación y buena fe. (Fls 72 al 79).

Para tomar la decisión que hoy revisa la Sala, afirmó en síntesis la Juez: "… *Se refirió la ley sentencias de la C S J, sobre interpretación de artículos 127 y 120 del C S T, se refirió a las pruebas, determinando que no hay discusión en cuanto al contrato, sus extremos y el modo de terminación. Frente al reajuste se refirió al art 53 de la C P, en cuanto a asignación mínima vital, citó sentencias sobre movilidad salarial, esto es capacidad de reajustar la asignación, para que no pierdan poder adquisitivo. Citó el art 143 del C S T, esto es a trabajo igual salario igual, citó sentencias al respecto y*

concluyó que en este caso no hay pruebas para determinar que hay violación a la norma, esto es no se probó identidad de funciones, ni los requisitos para que se dé una condena bajo este principio, toda vez que quien afirma debe probar. El demandante debía probar los hechos fundamento de una posible nivelación esta identidad de funciones eficiencia calidad entre otras en comparación con otros trabajadores. En cuanto al reajuste realizado por la Junta mediante acta 319 de marzo de 2017, la citó y concluyó que el actor no logró causar el pago de retroactivo de incremento, por cuanto no se encontraba activo al momento del pago de este tal y como se determinó en el acta de la junta, pues el vínculo se terminó antes del pago condición para su procedencia. Citó sentencias sobre la interpretación del salario y su incremento, todo bajo el respeto a derechos mínimos, los cuales no se encuentran vulnerados, por la validez de lo estipulado en el acta de la junta de la ETB.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso afirmando que: *"… que esta probado dentro del proceso que el demandante tiene derecho al incremento salarial del acta 319 del 21 de marzo de 2017, pues estuvo activo desde el 1 de enero al 5 de abril de 2017 y más aún cuando terminó el contrato sin justa causa, mediante el pago de indemnización. Esta demostrada la mala fe de la demandada, como quiera que al demandante se le hizo el pago y luego se le descontó arbitrariamente y así la demandada diga que fue un error no se demostró. Asegura que el incremento si se causó y el retroactivo ascendía a más de 10 millones luego la liquidación es errónea. El demandante se ha visto afectada con esa mala fe luego hay lugar a la sanción moratoria del art 65 del C S T…."*

CONSIDERACIONES

La sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S, advirtiendo desde ya que la sentencia de primera instancia será confirmada. Veamos las razones.

Asegura el recurrente que el demandante si causó el derecho al incremento que se concedió para trabajadores con salario, integral, porque estuvo activo desde enero hasta el 5 de abril de 2017.

No obstante, no fue esa la condición plasmada en el acta 319 de marzo 21 de 2017, ni para realizar un incremento, ni para hacerlo retroactivo a enero de ese año

generando el pago de justamente eso, una suma por retroactivo dado el incremento.

La anterior precisión surge necesaria por una cosa es el incremento y otra la fecha desde cuando se hace lo cual genera o no pago de retroactivo.

En ese orden se tiene que solo hasta marzo de 2017 se solicitó autorización a la Junta directiva para hacer un incremento salarial para el personal integralizado con salario superior al mínimo integral equivalente al IPC para el año 2016, esto es 5.75%.

Este incremento como se observa fue resultado de una decisión de la Junta y debe resaltar la Sala que no estaba obligado a hacerlo porque los trabajadores a los cuales se les autorizó **devengaban más del mínimo integral, siendo claro que cuando ello sucede no se vulnera la ley si no hace un aumento superior a la mínima que es la legal,** tema que ha definido la corte en sentencias como la SL4551 de 2021, en donde se indica que los incrementos en salarios superiores al mínimo, en este caso mínimo integral, deben ser hechos por las partes mediante acuerdo en donde se fijen las condiciones, justamente en respeto a lo establecido en el art 53 del C P.

En ese orden las condiciones establecidas en el acta 319 son perfectamente validas y allí se determinó que el incremento sería retroactivo a 1 de enero de ese año, pero con una sola condición: **Que al momento del pago del retroactivo el trabajador se encontrara vinculado a la empresa.**

De manera que el retroactivo solo lo tendrían aquellos es claro que fueran trabajadores al momento de la liquidación de la suma lo que sucedió el 12 de abril de 2017, fecha para la cual el demandante ya no era trabajador del ETB, porque su contrato fue terminado sin justa causa el 5 de abril de ese año sin justa causa, que es una facultad legal que tiene el empleador, siempre que cancele indemnización, lo cual hizo y que no puede ser considerado un acto de mala fe, ni tampoco que a la finalización del contrato se hagan descuentos de pagos no debidos, por cuanto mantenerlos aún sabiendo que no hay lugar a ellos generaría un enriquecimiento sin causa del trabajador.

Por lo expuesto y dado que como concluyó la Juez no se cumplió el requisito

establecido en el acta para el pago del retroactivo, esto es que el trabajador se encontrara activo a la fecha de la cancelación de este, es que no hay lugar al pago de este ni a reliquidación alguna con su inclusión.

Por lo expuesto SE CONFIRMA, la sentencia apelada que llegó a idéntica conclusión. **Sin costas** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Bogotá
SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

ORDINARIO No. 19-2019-311-01
ASUNTO: APELACIÓN DE AUTO
DEMANDANTE: SANDRA ROCIO TRUJILLO RESTREPO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá, por medio del cual se negó el decreto y practica de una prueba. (Se aclara que este despacho fue remitido al Juzgado 41 por el juzgado 19 en virtud del acuerdo CSJBTA20-19).

HECHOS

La señora **SANDRA ROCIO TRUJILLO RESTREPO,** instauró demanda en contra de **COLPENSIONES Y OTROS** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad o ineficacia o inexistencia de la afiliación al **RAIS** y en consecuencia se traslade al **RPM** la totalidad de cotizaciones y sus rendimientos, así como al pago de pensión de vejez consagrada en el Decreto 758 de 1990, pago de retroactivo, intereses a las cesantías, intereses de mora, diferencias pensionales, indexación. (expediente Digital).

El Juez de instancia, durante la audiencia consagrada en el art 77 del C P del T y de la S S, el Juez negó a la parte actora, la exhibición de documentos porque fueron aportados con las contestaciones, así como los documentos del 1 al 9. En cuanto ordenar al Ministerio de hacienda y crédito publico de acuerdo con el art 173 del CGP, no es procedente toda vez que estas debieron ser solicitadas en primera medida por la parte actora y dado que dicho derecho de petición no fue aportado se niega. En cuanto a la inspección judicial se considera que no es necesario porque los documentos fueron aportados con la contestación de la demanda. En cuanto al dictamen de acuerdo con el CGP, este debe ser aportado en la demanda o su reforma y como quiera que no se aportó se niega.

Inconforme con esa decisión el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación afirmando que: ".. para llegar a la prueba técnica era necesario recopilar las pruebas o los documentos y una vez obtenido el expediente se proyectó el cálculo de manera parcial y una vez entregado se aportó con los traslados, en esa medida ese cálculo es necesario para establecer valores matemáticos para efectos de proyección, pero esos documentos los aporta el fondo y no se hizo y por ello no se pudo aportar sino hasta hoy y de manera incompleta. La importancia del peritaje y tener el histórico del valor como tal del bono que lo hace normalmente el fondo privado lo dice la norma quien es el que tiene la facultad para hacerlo el ministerio no lo otorga a terceros sino es el fondo quien debe revisarlo y si es redimible. por esas razones es importante contar con la documental para completar la prueba técnica para poder tener el valor del bono a 1992 como a valor presente y contar con esa información para completar la prueba técnica y se hizo así un parcial para evitar lo que se reclama como es aportarlo en su momento porque no se tenía la documental y se presenta parcial para demostrar que no es decidía y por eso viene incompleta. Esa prueba es importante para decidir de fondo y el juez tiene el deber de buscar y realizar las pruebas pues es necesaria para definir, por eso el juez debe hacerlo de oficio…"

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A de C P DEL T y de la S S la Sala resolverá el recurso, anunciando desde ya que el auto será CONFIRMADO. Veamos las razones.

Bien vale entonces ahora recordar que acorde a lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez dirigirá el proceso en forma que garantice su rápido adelantamiento, sin perjuicio de la defensa de las partes. **Por su parte el artículo 53 ibídem lo faculta para rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas <u>en relación con el objeto del pleito o</u>**

desde luego aquellas que no se solicitan en las oportunidades procesales pertinentes esto es, demanda, contestación, sin olvidar las facultades oficiosas del Juez en aras del esclarecimiento de los hechos.

Hecha esta precisión no se puede pasar por alto que el artículo 51 de nuestro C P del T y de la S S consagra que son admisibles todos los medios de prueba, pero que **la prueba pericial sólo tendrá lugar cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en asuntos que requieran conocimientos especiales.**

Entonces resulta claro que es a esta norma en principio, a la que debe sujetarse el juez al realizar el examen de pertinencia de la prueba, pues el artículo 145 del nuestro ordenamiento procesal solo permite acudir al CGP, cuando no hay regulación expresa.

No obstante, la decisión se confirma por cuanto lo solicitado en estricto sentido, no se ajusta a lo que se establece como pericia en el procedimiento laboral y en ese sentido le asiste razón al Juez, cuando insiste en que las pruebas no solo deben aportarse en el momento procesal oportuno; sino que no puede el juez, ni siquiera bajo la consideración de facultades oficiosas; suplir las cargas y responsabilidades de las partes.

En ese orden como el mismo recurrente reconoce los documentos necesarios para obtener el cálculo no fueron obtenidos con la antelación necesaria y por ello, no se pudo obtener y aportar de manera completa como corresponde si pretende con ello obtener el beneficio de la prueba; sino hasta el día de la audiencia, cuando evidentemente ya no es oportuno, esta fuera de la etapa procesal, y no se encuentra soporte alguno para considerar que se da la excepción contemplada en el artículo 173 del C G P, en el que se indica que el juez se abstendrá de ordenar pruebas que directamente o por intermedio del derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite; **salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que exige la norma debe acreditarse sumariamente; sin que exista esta acreditación, pues el recurrente se limita a afirmar que solo el día de la audiencia recibió el expediente y de manera incompleta, sin que ello baste para acreditar que fue resultado de un incumplimiento a su diligencia.**

Por lo expuesto se confirma como ya se anunció el auto apelado.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, por conducto de la Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No.23-2020-371-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: EDILBERTO GOMEZ SILVA
DEMANDADO: EPS FAMISANAR SAS

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

SENTENCIA

El señor **EDILBERTO GOMEZ SILVA**, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda contra **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR SAS EPS FAMISANAR SAS** a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se **condene a reintegrar al actor al mismo cargo que desempeñaba al momento de producirse el despido o a otro de igual o superior categoría, al pago de salarios**

dejados de percibir desde el despido y hasta el reintegro con aumentos legales y convencionales, al pago de aportes, declarando además que no existió solución de continuidad, extra y ultra petita y costas del proceso. (Expediente Digitalizada).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones y, en síntesis, se afirma que el actor laboró para la demandada desde el 1 de abril de 2004 hasta el 18 de septiembre de 2020, que el último cargo fue el de ejecutivo comercial, que el salario promedio fue de $2.800.000, que el 3 de septiembre de 2020 la demandada comunicó su decisión de dar por terminado el contrato a partir del 18 de septiembre del mismo año con justa causa, que desde el 22 de enero se había iniciado un conflicto colectivo por pliego de peticiones presentado por "SINTRAFAMISANAR", que en 2019 se ordenó tribunal de arbitramento obligatorio, que al 6 de julio de 2020 el laudo se encontraba recurrido y asignado al magistrado FERNANDO CASTILLO CADENA, lo que indica que el conflicto a esa fecha no ha concluido, que el demandante es afiliado a SINTRAFAMISANAR, que el contrato terminó sin ser escuchado en descargos, que desde mayo el demandante informó a la demandada no estar de acuerdo con la cifra de presupuesto de ventas asignada. (Expediente Digitalizado).

La demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda por no existir ningún fundamento fáctico ni legal, aseguró que el demandante incumplió metas y el contrato terminó con justa causa. En cuanto a los hechos aceptó el 1,2,4, 5 al 19 y negó los demás. Propuso las excepciones de justa causa comprobada en la terminación del contrato de trabajo, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, pago, buena fe, prescripción y compensación. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia, calendada el día quince (15) de junio de 2021, por medio de la cual resolvió **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenar en costas la demandante.

Afirmó el Juez en síntesis los siguiente: *"… Se refirió a las normas y dijo que se debía resolver si el contrato de trabajo terminó estando el demandante amparado por el denominado fuero circunstancial y si existió o*

no justa causa, pues este fuero opera para los despidos sin justa causa, Citó al respecto la sentencia de la CSJ, SL3184 de 14 de agosto de 2019. Luego de haber hecho estas precisiones, dijo que la demandada admitió el conflicto el recurso ante la Corte que actualmente estaba para estudio y agregó que el demandante está afiliado a Famisanar. Agregó a su vez que la terminación del contrato en 2020, fue dentro de la negociación del pliego con Sintrafamisanar, luego si existía la garantía de fuero circunstancial, dado además que el conflicto no ha terminado. Acto seguido afirma que debe estudiar si existió o no justa causa pues si no procedería el reintegro dada la garantía. Aduce que la causal está que se invocó en la carta del 3 de septiembre de 2020, fue básicamente el incumplimiento de metas estipuladas, de lo que se hizo seguimiento tres meses, luego hay un deficiente rendimiento. Le correspondía así al empleador demostrar esa causa. Se refiere entonces a las pruebas, documental esto es comunicación de resultados en donde se aduce que en mayo no se cumplieron metas, lo mismo en junio y julio con los mismos productos y con bajos resultados. Este hecho fue admitido por el demandante, justificándolo, por razones de pandemia, vacaciones, etc con metas que se incrementaron por la demandada. Dijo que estas razones no tienen soporte alguno, y que por el contrario se desvirtúan con los testigos Jenny González Peña, quien dijo que las metas se definían por el crecimiento del mercado y que con la pandemia se implementaron con nuevos clientes y que la meta del actor era cumplible y que otras EPS, tenían una meta mayor, que no solo tenía Cafam sino muchas otras. El testigo Luis Eduardo Angarita señaló que desde la gerencia se tomaron decisiones por la pandemia y se enviaron ejecutivos a vacaciones para no tener afectación y se crearon planes de trabajo y que la labor del actor no solo estaba enfocada en Cafam y al validarla tampoco era eficiente. Se presentaron tachas, pero no prosperan, porque son compañeros de trabajo, bajo juramento presentaron sus declaraciones y el despacho no evidencia intención de perjudicar o favorecer a alguna de las partes. En la carta además se indicó que las vacaciones son tenidas en cuenta para determinar el cumplimiento de metas, dado que lo que se realiza es un prorrateo, esto en el mes que incluye el mayor número de días. Concluyó entonces que el actor no cumplió las metas de mayo a julo y fue el promedio más bajo en relación con el resto de personal, luego si es una justa causa, de conformidad con el art 62 numeral 61 y en concordancia con el numeral 1 del art 58 del CST; además el incumplimiento de metas durante tres veces fue

determinado como una falta grave para dar por terminado el contrato de trabajo, luego es justa causa por el numeral 9 del art 62 del C S T que es deficiente rendimiento, dando cumplimiento a la ley haciendo requerimientos, informándole presentándole los cuadros y todo aquello que se prevé para esta causal y por tanto absuelve de las pretensiones…"

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación manifestando: "…*conforme a la carta esta solo hace referencia al deficiente rendimiento y no a incumplimiento de obligaciones, luego la causa es el hecho descrito como deficiente rendimiento y para eso se allega documental para establecer que se dio cumplimiento a lo establecido en el Decreto 1373 de 1966. De la misma forma obra un cuadro de funciones y metas y ahí se referencian diferentes nombres de metas plus para los meses de mayo a julio de 2020; pero no obra prueba de cuales fueron las directrices en la época de Pandemia para alcanzar las metas plus para esos meses. Así del interrogatorio de parte no se desprende cual fue el apoyo dado al actor para la promoción de los productos y menos aún se desprende de la declaración de la testigo, quien no sabía nada de la causa de terminación del contrato del actor, pues ella misma dice que no lo conoce y no dice cuál fue la capacitación dada de manera precisa y que fuera recibida por el actor desde el inicio de la emergencia y menos en los meses de mayo a julio. Si bien es cierto se afirma que se cumplió con el procedimiento descrito en el decreto no es menos cierto, que ese procedimiento se aplicó automáticamente y desconoce la igualdad de condiciones entre quienes se aplica la medida; segundo se desconocen los instrumentos aportados para los parámetros o condiciones para la igualdad de la labor con otros trabajadores, no se evidencian variables de comparación que haya llevado a que Famisanar las diera a conocer a los trabajadores, carga probatoria que le incumbía a la demandada, se desconoce la igualdad de condiciones para la comparación y los parámetros para la comparación. Además, la comparación no se hace analizando las razones para lo que invoca como deficiente rendimiento, lo que también hace el juez, pues no se hace análisis de las razones para ese denominado deficiente rendimiento. Lo que si se acredita son las causas para el no cumplimiento de metas, esto es la emergencia por el Covid, hecho que no requiere de prueba y que debió ser considerado; otra circunstancia es la cuarentena, las vacaciones por dos periodos seguidos que se dio al*

trabajador y el desempeño de las funciones del actor en una sola empresa Cafam que limitó la posibilidad del cumplimiento de las metas, así como la materia prima requerida por el demandante para poder cumplir las funciones, sumado a ello que con anterioridad a la pandemia nunca fue sujeto de deficiente rendimiento. Agrega que el conflicto estaba vigente lo que no estaba discutido, luego la garantía del fuero circunstancial si existía"

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, la Sala resolverá el recurso analizando su argumento central, esto es la inexistencia de la justa causa, falta de prueba e indebido análisis de la justa causa invocada; no sin antes hacer algunas precisiones sobre el denominado fuero circunstancial, sustento de las pretensiones en este proceso **y no sin antes también advertir que la Sala no tendrá en cuenta escrito alguno de sustentación de recurso, pues esta solo puede hacerse en audiencia oralmente, ello antes y después del Decreto 806 de 2020, en donde se contempla para segunda instancia, una etapa de alegaciones, no de sustentación.**

Indudablemente el fuero circunstancial, es una figura derivada del art 25 del Decreto 2351 de 1965 art 25 y del cual se ha ocupado ampliamente la jurisprudencia entre muchas otras y desde la sentencia de fecha 28 de febrero de 2007 radicación 29081. M.P Dr Luis Javier Osorio Lopez, providencia que por su importancia y relación es necesario citar en su parte pertinente. Dijo la Corte allí:

" (…)

El artículo 25 del Decreto 2351, prohíbe los despidos sin justa causa comprobada de los trabajadores que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones, protección que está comprendida desde la presentación de dicho pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para la solución del conflicto.

Los artículos10 y 36 de los Decretos Reglamentarios 1373 de 1966 y 1469 de 1978, señalaron que la protección antes dicha cobijaba a los trabajadores afiliados a un sindicato y a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de la presentación de tal pliego al empleador, hasta cuando el conflicto se solucionara mediante la firma de la convención colectiva o del pacto colectivo, o hasta que quedara ejecutoriado el laudo arbitral si fuere el caso.

La anterior reseña normativa es clara, en principio, en distinguir cuales son los trabajadores amparados por el denominado fuero circunstancial, que no son otros que los afiliados al sindicato que hayan presentado un pliego de peticiones, o a los trabajadores no sindicalizados que igualmente hubieran presentado un pliego de esa naturaleza.

Así lo ha dejado entrever la Corte, tal como puede observarse en la sentencia de casación del 11 de agosto de 2004, radicación 22616, al expresar que ***el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, "contiene una verdadera prohibición para el empleador y es la relacionada con despedir sin justa causa*** *a partir del momento de serle presentado el pliego de peticiones, a cualquiera de los trabajadores que lo hubieren hecho, es decir, a los miembros del sindicato si es este el que lo presenta o a los que figuren expresamente en la lista correspondiente cuando lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados".*

Sin embargo, tal entendimiento no se queda en la literalidad de las disposiciones como parece concebirlo el Tribunal, por lo siguiente:

Es indudable que la teleología de las normas apunta a mantener el equilibrio de fuerzas entre los trabajadores comprometidos o interesados en el conflicto --sean o no sindicalizados-- y el empleador con el fin de evitar que éste, prevalido de su poder subordinante, utilice el despido de sus servidores para mermarles su capacidad de negociación y de contratación. Y por ello se ha dicho que un despido producido en esas circunstancias resulta inane, lo cual conlleva el restablecimiento del contrato de trabajo. Es decir que se trata de una protección eficaz.

Pero si esa protección comprende inicialmente a los trabajadores que hubieren presentado el pliego de peticiones, nada se opone a que la misma se extienda a aquellos que en el curso del conflicto decidan, de una parte, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto y presentó el pliego de peticiones, o de otra, a aquellos no sindicalizados que se adhieran al pliego de peticiones presentados directamente por sus compañeros igualmente no pertenecientes a ninguna organización sindical. La misma teleología atrás comentada comprende esta hipótesis.

En efecto, un despido masivo de trabajadores o de un número importante de ellos durante el trámite de un conflicto colectivo que no hayan presentado el pliego de peticiones y que no alcance la calificación de despido colectivo, puede afectar a la comunidad obrera por las connotaciones de todo orden que ello encierra. Y ese impacto negativo puede traer consigo el debilitamiento de dicha comunidad con incidencia en la solución del conflicto y desde luego, no es ese el resultado que quiere y que ha querido el legislador.

En cambio, cuando los trabajadores comprometidos en el conflicto ven incrementado su número, con el apoyo que reciben de otros compañeros suyos que en un principio no estuvieron dentro de aquellos que presentaron el pliego de peticiones al empleador, el equilibrio de fuerzas atrás mencionado también adquiere mayor entidad y peso y la solución del conflicto puede darse rápidamente, bien por el mecanismo de la autocomposición o ya acelerando la convocatoria del Tribunal.

Ahora, el razonamiento del Tribunal según el cual el legislador no quiso que la protección en conflicto colectivo "fuera un refugio para los trabajadores de la empresa que se vincularan al sindicato en ese período de negociación, simplemente con la finalidad de evitar un despido", no es equivocado, ***pues si la intención del asalariado es la de evitar su desvinculación pese a existir justas causas, la protección no lo cobija en ningún momento, pues así estuviera dentro de los que presentaron el pliego de peticiones, el empleador puede despedirlo, obviamente si esas justas causas existen y son comprobadas."***

Es claro entonces, que no puede el empleador en ese lapso incurrir en despidos masivos, despedir sin justa causa, y por el contrario está facultado para terminar los contratos con justa causa, solo si existiesen.

En el caso que nos ocupa ninguna discusión hay sobre la existencia del conflicto y de la garantía antes descrita en favor del actor la demandada, no lo discutió el Juez así lo declaró decisión que no fue recurrida tampoco por la demandada, luego como se indicó en la providencia solo debía determinarse si el despido fue o no con justa causa, pues como ya se aclaró solo si existe la causal, no hay lugar a considerar el efecto de la garantía.

Hechas estas precisiones, desde ya la Sala señala que la providencia de primera instancia será **REVOCADA**, pues le asiste razón a la recurrente en los errores que señaló y sustentó en su recurso. Veamos.

Inexplicablemente el Juez analizó tres causales de terminación del contrato dejando de lado el texto de la carta y las disposiciones legales al respecto contenidas en el artículo 62 del C S T, parágrafo, el cual señala: “La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. **Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”**

De manera que resulta clara, la imposibilidad para el empleador de alegar válidamente motivos diferentes a los expuestos a la finalización del contrato, siendo menos aún posible que el Juez lo haga pues ninguna facultad se lo permite, razón por la cual solo podía ser analizada la causal 9 del art 62 del C S T, pues esa fue la invocada, por lo que ni la grave violación de obligaciones, ni la falta grave pueden ser consideradas, por este Tribunal.

Hecha esta precisión desde ya la Sala anuncia que la sentencia apelada será **REVOCADA.** Veamos las razones.

Señala el numeral 9 del artículo 62 del C S T, lo siguiente:

“El deficiente rendimiento en el trabajo, en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, **cuando no se**

corrija en un plazo razonable, a pesar del requerimiento del patrono" (hoy empleador).

Esta causal fue reglamentada por el D R 1373 de 1966 art 2 y posteriormente reproducido en el Decreto 1072 de 2015, allí se indicó el procedimiento para esta causal, toda vez que es una causal que contiene varios aspectos subjetivos a analizar, luego era necesario precisarla de manera clara y así delimitar las reglas previas a su aplicación.

La CSJ se ha encargado de aclarar este tema en cuanto a la estricta aplicación del procedimiento previo a la **determinación de la causal y al despido, pues no puede limitarse el empleador a aplicar el procedimiento formal previsto en los decretos, dejando de lado la causal, porque eso sería olvidar que el Decreto solo la reglamenta.**

Vale la pena entonces traer a colación la sentencia de Rad 40823 de agosto 30 de 2011 **MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE,** en donde se expresó:

"(…)

De otra parte, como quiera que la carta de despido (fls. 20 a 22) indica también, que la determinación se basó en el "bajo rendimiento en las ventas" y en el "deficiente desempeño profesional" conforme al resultado de las "evaluaciones del desempeño", al ubicarse la Corte en los postulados legales del numeral 9º, literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, causal en la que podría encuadrar la justa causa de la terminación de contrato de trabajo, no puede arribar a tal conclusión, en razón a que no obra en el expediente prueba alguna que evidencie que la empresa cumplió con el trámite establecido ***en el artículo 2º del Decreto 1373 de 1966, a través del cual se reglamentó el procedimiento que ha de adelantare en caso de deficiente rendimiento del trabajador y que permita aplicar el numeral 9º antes citado. "***

Entonces una cosa es que se haya adelantado el procedimiento en debida forma; -que tampoco aparece plenamente establecido ni con las

documentales y menos aún con las dos declaraciones que se recepcionaron en el proceso-; y otra que se pueda aplicar la causal pues ella contempla aspectos que ni el empleador ni el Juez tuvieron en cuenta; aún aceptando que se cumplió estrictamente el procedimiento previo.

Lo anterior fue nuevamente y a fondo analizado, por la CSJ en sentencia SL 5195 de noviembre 2 de 2021 Rad N° 87942 en la que se indicó:

"(…)

No obstante, no ocurre lo mismo con el procedimiento legal dispuesto en el artículo 2° del Decreto 1373 de 1966 y que se debió adelantar, toda vez que en la carta de terminación del vínculo se alegó como principal causal de despido la consagrada en el literal A del numeral 9° del artículo 62 del CST modificado por el 7° del Decreto 2351 de 1965 y en los hechos que describen se refieren específicamente al deficiente rendimiento.

La citada causal consiste: en el deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador y su aplicación no es automática, pues el patrono debe cumplir con unas condiciones, es decir con un trámite previo que radica en que se:

a) Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días;

b) Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, 8/8- presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y

c) Si el patrono no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.

Por tanto, se exigen básicamente dos elementos el requerimiento al trabajador con apego a la norma ***y la existencia de un cuadro que compare su rendimiento frente al de otros colaboradores que cumplan actividades similares que es lo que va permitir en realidad verificar que la persona está por debajo de la medida mínima para la empresa y así garantizar la objetividad e igualdad en las decisiones*** *que se puedan tomar en razón de su desempeño; sin que en este caso se observa el acatamiento del citado trámite*

Si bien se observa que la empleadora citó tres veces a rendir descargos a la accionante, así:

i) el 30 de mayo de 2015, se le imputo en esta ocasión no haber realizado la gestión comercial ni enviar el informe de los clientes de la base de datos entregados por el área de mercado;

ii) el 11 de agosto del mismo año, se le puso de presente que los resultados de la gestión comercial realizada en el mes de julio no cumplían con los objetivos propuestos, teniendo en cuenta los compromisos adquiridos con la gerencia general en cuanto al presupuesto del año para las diferentes unidades de negocio y se le solicitó un mayor compromiso;

iii) el 29 de septiembre de 2015 se le atribuyó desde su vinculación y, específicamente desde junio a septiembre que no cumplía con la obligación principal de su cargo como directora comercial respecto de no realizar ventas ni facturación de negocios cumpliendo las metas mínimas impuestas por la Gerencia Comercial alcanzando una meta de $25.000.000 en el mes, a pesar de los compromisos adquiridos de su parte en los meses anteriores,

> *B. No cumple con las funciones y responsabilidades principales de su cargo, a saber estas: 4. Cumplir con la cuota de ventas estipulada por la gerencia comercial, Responsabilidades: 1. Cumplir con la mala de ventas estipulada por planeación estratégica. 15 Rendición de cuentas, informe periódicos sobre resultados y de gestión del proceso comercial, cumplimiento de metas comerciales.*

Y al día siguiente 30 de septiembre de 2015 se le entregó carta de terminación de contrato de trabajo por justa causa aduciendo las consagradas en los numerales 4°, 9°, 10° y 13, del artículo 62 del CST

Si se observa bien, los dos primeros llamados a descargos son muy generales no se concretan asuntos como valores, fecha, metas y parámetros establecidos que permitieran colegir la deficiencia en el rendimiento que se venía presentado, como tampoco se observa que se haya acordado un plazo razonable dentro del cual se le permitía corregir la situación *y, aun cuando, se afirma que persiste el deficiente rendimiento laboral de la trabajadora, no se le presentó un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas que es dispensable en este caso para garantizar la objetividad; lo que se hizo fue citarla por tercera vez a rendir a descargos, aunque esta vez se le detalló más en la imputación sobre su bajo desempeño y se habla de compromisos anteriores no hay prueba de ellos, como tampoco en este evento se avizora que con anterioridad se hubiera acordado con el patrono un término razonable para que enmendara sus falencias.*

Además, se observan tres llamados de atención con ocasión a las tres diligencias de descargos efectuadas que tampoco son claros como requerimientos relacionados con el bajo rendimiento, pues se remiten a lo descrito en las citadas actas y citan textualmente las causales consagradas en los numerales 4°, 9°, 10° y 13 y el último no se puede tener como requerimiento, toda vez que al día siguiente se procedió a despedirla.

Aun en el evento de que los dos primeros se pudieran tener como los requerimientos ordenados en la norma, lo cierto es tampoco cumplió, como ya se mencionó, con la entrega del cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, por lo que resulta claro que no se obedeció en debida forma el procedimiento que otorgaba validez a la causal alegada y no se le preaviso a la trabajadora con 15 días de antelación la terminación del contrato, en consecuencia no se acreditó debidamente la justeza del despido, como tampoco se demostró ninguna de las otras causales que se enunció….”

Y es que como ya se había expresado ni aún el procedimiento fue bien realizado, porque en verdad una cosa es una cuadro comparativo con el desempeño de otros trabajadores, a cuadros de netas para cada uno de ellos que nada indican sobre parámetros y condiciones de igualdad; menos aún existe prueba de que desde se hayan delimitado funciones y actividades en dichas condiciones de eficiencia y capacidad, pues la causal se refiere a la capacidad del trabajador frente a la de otros; no simplemente a metas que se establezcan en forma cambiante e unilateral; sin que sobre agregar y reiterar que los testigos se referían a aspectos generales, sin que tuvieran conocimiento de los cuadros y condiciones del actor.

Definitivamente esta causal implica que la productividad de un trabajador sea inferior a una media o promedio estándar con relación a los demás compañeros que realicen funciones en condiciones similares, lo que nunca se estableció, pues no basta asignar metas para que se pueda concluir en que son similares; más cuando como en este caso se asignan una sola empresa (Cafam al actor); y a los demás más porque desde allí dejan de ser similares y no basta simplemente afirmar que con solo una también era deficiente pues esa ya no es la causal invocada, se itera, única a analizar.

Pero quizás, lo más definitivo para concluir en la inexistencia de la causal es que jamás se acordó con el trabajador un plazo razonable, aun dando por hecho que existía el deficiente rendimiento; para corregir la situación, como consagra la norma y expresa la Corte es obligatorio; sobre todo teniendo en cuenta, porque definitivamente debió analizarse la situación de emergencia sanitaria que impedía no solo a esta empresa, que se veía más afectada por ser del sector salud, sino a todas; desarrollar las mismas labores, como si fácilmente pudiese borrarse esa realidad; sin que pueda tampoco ignorar esta Sala que en materia probatoria deben considerarse los indicios, siendo uno de ellos que en nada ayuda a la prueba de la causal; considerar que un trabajador que esta vinculado desde **2004, solo 16 años después presente deficiente rendimiento sin una razón que lo justifique, justificaciones que no fueron analizadas y que definitivamente si se acreditan hacen imposible, la aplicación de a causal que como bien dice la CSJ no es automática.**

Por lo anterior, como ya se dijo se **REVOCARÁ**, La sentencia apelada y se ordenará el reintegro del demandante, a un cargo de igual o similar categoría, al que desempeñaba al momento del despido, haciendo claridad que solo ello procede, no a uno de superior jerarquía, como se solicita en la demanda, pues no es este proceso el medio para ordenar un ascenso.

De igual forma se condenará al pago de salarios y prestaciones compatibles con el reintegro desde el despido y hasta que se haga efectivo, así como al pago de aportes al sistema de seguridad social, declarando para todos los efectos, que no hubo solución de continuidad; sin que sobre una vez más reiterar que no hay duda de la existencia de la garantía denominada fuero circunstancial, la que genera también si discusión el reintegro solicitado.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la demandada.

En mérito de 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:

R E SU E L V E

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S. EPS FAMISANAR S.A.S, a reintegrar al demandante EDILBERTO GOMEZ SILVA, al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a uno de similar categoría.**

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante los salarios, prestaciones sociales compatibles con el reintegro y aportes en seguridad social, desde la fecha del despido y hasta que se haga efectivo el reintegro, declarando para todos los efectos que no hubo solución de continuidad.

TERCERO. COSTAS. No se causan en la alzada, las de primera a cargo de la demandada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No.20-2021-361-01
ASUNTO: APELACION AUTO
DEMANDANTE: JESUS EMEL BAUTISTA DURAN
DEMANDADO: ECOPETROL SA

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto proferido por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 19 de abril de 2022, por medio del cual declaró NO probada la excepción de cosa juzgada. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Dentro del término concedido en providencia anterior, fueron remitidas alegaciones por parte de la demandada.

HECHOS

JESUS EMEL BAUTISTA DURAN, instauró demanda en contra de **ECOPETROL SA** para que mediante un proceso ordinario de primera instancia se le CONDENE al reconocimiento y pago de la PENSION LEGAL PLENA DE JUBILACION contemplada en el Decreto 807 de abril 21 de 1994 arts. 1º y 5º , con vigencia ultra activa del artículo 260 del C. S. del T. liquidada con el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, en concordancia con el artículo 7 de la Ley 1118 de 2.006 , los artículos 106 a 109 de la Convención colectiva de Trabajo de ECOPETROL-USO vigente , el Capítulo V del Acuerdo 01 de 1.977 emanado de la H. Junta Directiva de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL S.A..al pago del incremento del valor base de la primera mesada

pensional con el 2.5% adicional por cada año de servicios prestados por encima de los 20 años de servicios o de edad prestados a la empresa ECOPETROL S.A. y/o cotizaciones adicionales que le dan derecho a obtener el beneficio de la pensión legal de jubilación a cargo de ECOPETROL S.A., contemplados en los arts. 107 a 110 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en ECOPETROL S.A de la cual es beneficiario, al pago de los reajustes e incrementos de los factores salariales del 75% base de liquidación de la pensión legal , devengados en el último año de servicios prestados a ECOPETROL S.A., con retroactividad a la fecha de cumplimiento de la edad cronológica de 55 años y del retiro del servicio, con efectividad a la fecha de reconocimiento y pago de la pensión legal de jubilación a cargo de ECOPETROL S.A., con sus mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre de cada anualidad y reajustes anuales de ley debidamente Indexados, de acuerdo en lo previsto en los artículos 1º 3º y 5º del Decreto 807 de abril 21 del Decreto 807 de 1994 Por el cual se reglamentó parcialmente el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, solicitar y tramitar ante COLPENSIONES el traslado y retorno de los Aportes por el riesgo de 2 3 Pensión de Vejez que el demandante JESUS EMEL BAUTISTA DURAN cotizó antes de su ingreso a laborar con la empresa Colombia de Petróleos ECOPETROL y los aportes venido cotizando desde por la afiliación forzosa dispuesta unilateralmente por ECOPETROL S.A. Sin su consentimiento expreso desde el primero de agosto de 2010, para cubrir y provisionar el pasivo pensional del cálculo actuarial de la pensión legal vitalicia de Jubilación a cargo de ECOPETROL S.A., de acuerdo con el Decreto Reglamentario 807 de abril 21 de 1994 compilado en el Capítulo 10 del Decreto 1833 de 2016 , por ser beneficiario de la Convención colectiva de trabajo vigente en ECOPETROL S.A en armonía con el parágrafo cuarto 4º transitorio del artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 7º de la Ley 1118 de 2.006 a prestarle al trabajador los servicios médicos asistenciales a la demandante con derecho adquirido a la Pensión de Jubilación legal y a su núcleo familiar de acuerdo con lo pactada en el Capítulo VI artículo 40 la Convención colectiva de trabajo vigente en ECOPETROL S.A. de la cual es beneficiario por ser trabajador sindicalizado afiliado a los sindicatos pactantes USO y ADECO, Ultra y Extra petita, Costas y agencias en derecho. (Expediente Digital)

Al contestar la demanda, el apoderado de la demandada propuso la excepción previa de cosa juzgada en los términos del artículo 488 del CST y 151 del C P dl T y de la SS, en concordancia con normas civiles, toda vez que entre las partes se suscribió un acuerdo transaccional que incluye la pensión de jubilación.

El Juez de primera instancia en la audiencia del art 77 del C P del T y de la SS tomó la decisión que hoy revisa la Sala.

Para llegar a esta decisión afirmó el Juez en síntesis lo siguiente: " *….cita la normas que definen la transacción siendo este un contrato de acuerdo con el artículo 2469 del C C, señala los requisitos, luego se refiere al artículo 15 del C P del T y de la S S, que indica que la transacción es valida siempre que no vulnere derechos ciertos e indiscutibles. En este caso afirma que efectivamente se celebró el contrato sin que se observe vicio en su celebración por lo que se consideró valido, ello con ocasión a la finalización del contrato. Cita sentencias de la CSJ sobre ofertas validas aceptadas que no vician el acuerdo. No obstante no existir vicios del consentimiento, en la transacción no se pactó nada sobre la pensión contemplada en el decreto 807de 1994, la cual se liquida con el 75 % del CST y la convención, que es la pretensión de este litigio, pensión que no es una prestación social y por tanto no está afectada por el fenómeno de cosa juzgada …"*

Inconforme con esa decisión el apoderado de la parte afirmando que "*… precisamente la conciliación que celebró el actor quiso cubrir todos los aspectos y no por eso se puede decir que no por haber citado el decreto específicamente que ese aspecto no quedo incluido. Si se lee la parte final de la transacción se encuentra que el trabajador manifestó estar de acuerdo y aceptó el arreglo que declara a paz y salvo a Ecopetrol por salarios y prestaciones sociales y dentro de este concepto está incluida la pensión y que no existía ninguna reclamación y que los demás derechos indicados le fueron reconocidos y pagados y que con el acuerdo se soluciona toda reclamación surgida o por surgir, en esas condiciones si existe cosa juzgada no solo en cuanto a la terminación, sino todo lo emanados del vínculo incluidas las pensiones con normas que ya no están vigentes. Señala que ampliara el recurso en el tribunal…"*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resuelve los recursos, no sin antes advertir que el recurso de apelación se sustenta ante el Juez, sin que pueda ser ampliado en esta instancia, en donde solo es posible presentar alegaciones para dar apoyo a los sustentado; de manera que los puntos a resolver son los que se presentaron ante el Juez, en donde básicamente el recurrente afirma que si existe juzgada porque dentro del concepto de prestaciones sociales está la pensión y por tanto debe entenderse que con el paz y salvo y aceptación del acuerdo se encuentra transada y con efectos de cosa juzgada.

Lo primero que advierte la Sala es que es que tal y como señaló el Juez es en el CST en donde encontramos la norma que nos señala la validez de la transacción en los asuntos del trabajo, disponiendo el artículo 15 de manera clara expresa que: "Es valida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles".

Ahora cierto también es que es el Código Civil el que define la transacción, **pues este es un contrato y es en el artículo 2469** de ese ordenamiento en donde claramente también se señala que: "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que se disputa".

Esencia entonces de ese contrato es que las partes se hagan mutuas concesiones, es decir que cada una pierda parte del derecho que cree tener; siendo además claro que al tenor de lo dispuesto en el art 2483 del CC, la transacción produce el **efecto de cosa juzgada.**

De otra parte, no sobra recordar que la figura de la cosa juzgada como medio exceptivo previo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, **al atender conflictos que ya han sido solucionados por una autoridad judicial.** En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser rígido, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores. **Es por lo anterior que lo primordial es verificar la existencia de los requisitos indispensables para la configuración de la cosa juzgada, esto es, la identidad jurídica respecto del objeto causa y partes intervinientes,** entre los dos procesos; requisitos que, insiste la Sala, deben ser objeto de una verificación estricta, so pena de quebrantarse los derechos de los trabajadores.

Efectivamente el artículo 303 del CGP, es el que consagra cuando una sentencia- en este caso acuerdo de transacción-; tiene efectos de cosa juzgada; esto es: i) **cuando el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto,** ii) **cuando se funde en la misma causa que el anterior y iii) cuando en ambos procesos haya identidad jurídica de partes.**

En este caso salta a la vista, contrario a lo indicado por la demandada en alegaciones, lo único que existe es identidad jurídica de partes, puesto que lo acá reclamado no se vislumbra tan siquiera mencionado en el acuerdo y contrario a lo afirmado por el recurrente esto no debe ser implícito o de interpretación sino expreso; por lo que no existe identidad de objeto y menos aún se funda en la misma causa.

No sobra recordar también, lo aclarado al respecto por la C S J, en sentencias en los que se refiere a este análisis riguroso de los requisitos para que opere este fenómeno; entre otras la SL 198 de enero 23 de 2019 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO Rad 70587 en la que señaló:

"(…)

Así, encuentra la Sala que en el sub lite, si bien hay identidad de partes y de pretensiones, frente al proceso que se adelantó ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, no lo es así en cuanto a la causa de cada asunto. Lo anterior, porque los hechos materiales en que se sustentaron ambos procesos no son los mismos.

En efecto, lo que originó que el actor solicitara de nuevo la prestación deprecada en vía administrativa y promoviera otra reclamación judicial, obedeció a que la entidad demandada actualizó la historia laboral e intervino en el trámite de liquidación de la empresa Astilleros Magdalena.

Así las cosas, el ad quem incurrió en el dislate fáctico que se le endilga, puesto que consideró que conforme lo previsto en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil se daban los supuestos para declarar la excepción de cosa juzgada, lo que conduce a la Corte a estimar que, en esencia, no realizó un análisis riguroso de las causas que originaron las acciones judiciales. Además, en la práctica, confundió tal aspecto con la de cosa pedida, en la medida en que solo refirió que lo debatido en ambos procesos era la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990 y en el primero se había indicado que no reunía el número de semanas exigidas. Por ello, no advirtió que los hechos que sirvieron de fundamento al derecho reclamado en dichas oportunidades fueron diferentes.

Conforme lo anterior, le asiste razón al recurrente en cuanto indica que para efectos de declarar la excepción de cosa juzgada, no basta con que haya identidad de partes y de pretensiones, pues es preciso, además, que la causa sea la misma.

Por otra parte, la Corporación considera oportuno reiterar que la prestación de vejez tiene por finalidad garantizar al afiliado y a su familia una vida digna durante la etapa no productiva de sus vidas, y que la consolidación de dicho derecho requiere de un extenso lapso, durante el cual debe acumular un mínimo de aportes. Por tanto, es válido que aquel realice todas las gestiones pertinentes para que se actualice su historia laboral y que acuda nuevamente a la justicia cuando considere que, en virtud de lo anterior, se han agregado nuevas semanas que le permiten acceder a la prestación…"

Efectivamente en el expediente aparece el acuerdo transaccional suscrito entre las partes, terminando por mutuo acuerdo el contrato y como resultado de un plan de retiro en el año 2019, siendo uno de los requisitos que les faltare 4 o más años y menos de doce para cumplir la edad de pensión de vejez **establecida en el régimen de prima media con prestación definida, dentro del cual se dijo allí se encontraba el actor, concediendo los beneficios del plan los que enumeró así: renta mensual, hasta cumplimiento de edad para pensión de RPM, pago de aportes a sistema de seguridad social en salud, beneficio de educación para hijos, servicios de salud, amortización de préstamos; aclarando que esos son los únicos beneficios concedidos y que expedirá un bono en los términos de la ley 100 de 1993 art 116.**

Entonces definitivamente lo solicitado en este caso que es una pensión con base en el Decreto 807 de 1994, aplicación ultractiva del art 260 del CST y de la convención; difiere en objeto y causa de lo pactado en el acuerdo; razones que llevan a la Sala a **CONFIRMAR** el auto apelado, sin más consideraciones por innecesarias y sin que sobre agregar que la vigencia del fundamento normativo en el que el actor basa sus pretensiones; será un tema de fondo que no es posible resolver ahora y menos mediante la excepción planteada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MOISE ARTURO MACHACON VS CEPCOLSA SA.- CEPSA COLOMBIA SA RAD N° 34-2017-272-01

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

SENTENCIA

MOISES ARTURO MACHACON MARTINEZ, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **CEPCOLSA SA.- CEPSA COLOMBIA S.A,** para que mediante el trámite de un proceso ordinario de primera instancia se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 25 de agosto de 2008 y hasta el 31 de diciembre de 2014: En consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes, sanciones moratorias, indemnización por despido injusto. (Expediente Digital)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones y en síntesis, manifiesta que el demandante suscribió un contrato de prestación de servicios el 25 de agosto de 2008, que la demandada es una sucursal de sociedad extranjera, que el contrato se celebró del 25 de agosto de 2008

hasta el 28 de febrero de 2009, es decir por seis meses, que el valor era de $1.350.000 tarifa diaria, que el cargo era consultor, pero las funciones era de coordinador de workover, que son actividades de la empresa, que en 2009, suscribe un segundo contrato de prestación de servicios, a partir del 1 de marzo de 2009 y hasta el 31 de diciembre de ese mismo año, es decir por 10 meses, en el cargo de consultor y con tarifa diaria de $1.566.000, que las funciones eran las mismas del contrato anterior, esto es coordinador workover, que en 2010 se suscribieron diferentes otro si, que en diciembre de ese año se suscribe un tercer contrato, de un año y en el mismo cargo de consultor, suscribiendo varios otro si hasta 2014, cumpliendo funciones de superintendente workover, laborando hasta el 31 de diciembre de ese año, que la empresa desconoció los derechos del demandante porque lo que se desarrolló fue un contrato realidad, bajo los postulados del artículo 53 de la CP, que fue subordinado, nunca tuvo independencia, que el contrato terminó sin justa causa y no se canceló aún a la fecha de la presentación de la demanda, ni prestaciones sociales, ni indemnizaciones ni las sanciones adeudadas. (Expediente Digital).

La demandada, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, afirmando que entre las partes no existió vínculo laboral sino una relación de carácter comercial, cuyo objeto era la prestación de servicios de consultoría con el pago de los honorarios correspondientes, lo cual sucedió mediante tres contratos. En ese orden solo aceptó los hechos relacionados con los contratos en esa forma celebrados y negó aquellos en donde se expresa la existencia de contrato de trabajo. Propuso las excepciones previas de prescripción o indebida representación del demandante, falta de jurisdicción o competencia y las de fondo de inexistencia del vínculo laboral con el demandante y calidad de contratista independiente, inexistencia de subordinación, inexistencia de obligación relacionada con pago de aportes, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, improcedencia del pago de indemnización moratoria, prescripción, enriquecimiento sin justa causa y compensación, improcedencia de indexación, buena fe y genérica. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia, la Juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el siete (7) de diciembre de 2021, por la que resolvió:

"DECLARAR que entre MOISES MACHACON MARTINEZ y la sociedad CEPCOLSA S.A. – CEPSA COLOMBIA S.A., en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, existió un contrato de trabajo comprendido entre el 25 de agosto de 2008 y el 31 de diciembre de 2014, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad CEPCOLSA S.A. – CEPSA COLOMBIA S.A, a reconocer y pagar a favor de MOISES MACHACON MARTINEZ los siguientes valores y conceptos: Cesantías $ 332.812.253 Intereses a las Cesantías $ 5.226.899 Prima de Servicios $ 43.557.493 Vacaciones $ 52.821.175.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad CEPCOLSA S.A. – CEPSA COLOMBIA S.A, a reintegrar al demandante las sumas debidamente indexadas que debió haber cancelado como empleador al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud entre el mes de junio a octubre del 2014, que corresponde a la suma de $ 17.341.940, y a consignar al Fondo Administrador del Sistema de Seguridad Social en Pensiones al que se encuentre afiliado el actor, por el valor de los aportes al sistema que hubieren quedado insolutos durante la relación laboral, comprendida entre el 25 de agosto de 2008 y el 31 de diciembre de 2014, de acuerdo a la liquidación que para el efecto elabore el fondo administrador de pensiones y a su entera satisfacción.

CUARTO: CONDENAR al pago de intereses moratorios, a la tasa máxima de crédito de libre asignación que certifique la Superintendencia Financiera, desde el 1º de enero de 2015, hasta que se verifique su pago.

QUINTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda…"

La Juez para llegar a su decisión señaló: *" … que el despacho analizara los elementos del contrato de trabajo para determinar su existencia y luego entonces de los derechos reclamados. Se refiere a las normas a sentencias sobre las diferencias ente contrato de trabajo y contrato civil, Cita algunas de ellas señalando que la primordial diferencia es la subordinación. Se refiere al art 53 de la CP sobre la primacía de la realidad, arts 23 y 24 del C ST. Se refiere a sentencias sobre las certificaciones que expide el empleador, a cargas probatorias al respecto. Se refiere así a las pruebas, contratos, como ya se dijo certificaciones y cita las cláusulas de los contratos, entre ellas las,*

específicas del objeto y funciones, afirmando que en todos se pactó el mismo objeto. Revisó también la prueba documental, planillas de aportes, facturas, cuentas de cobro, registro de actividades y asistencia, luego lo declarado por los testigos sobre asistencia esporádica no se ajusta a la realidad de lo acontecido. En cuanto a la finalidad del servicio los testigos afirmaron la existencia de un servicio que no era del ejercicio de la demandada, pero de la documental aportada se desprende que la contratación era no solo para las funciones del contrato, sino que sus servicios eran diarios, debía presentar informes e incluso sustituir a empelados cuando era requerido. Agrega que de los correos electrónicos se desprende que el demandante era el encargado de todas las operaciones en subsuelo en workover, y que el demandante cubría en turno a gerentes y realizaba turnos, observando que el querer de la demandada era contar con la disponibilidad del demandante. Dice además que, aunque existen contratos de prestación de servicios, lo cierto es que los servicios eran prestados de manera diaria y controlada sin autonomía e independencia. Se refiere a la sentencia SL 822 de 2019, en la que la corte resuelve un caso similar, analizando las certificaciones que expide la demandada sobre la prestación de los servicios y en donde concluye que estas relaciones no son civiles. Dijo que estaba más que demostrada la prestación de servicios lo que activó la presunción del art 24 del C S T en su favor. Luego entonces analizó si el empleador, logró desvirtuarla y concluyó que no pues la supuesta independencia y autonomía fue desvirtuada con la documental a pesar de las declaraciones de los testigos, esto es correos electrónicos los cuales cita de manera textual en donde se dan instrucciones y además correos en donde el actor firma como superintendente workover. Además, uno de los testigos que es gerente de operaciones, esto es el señor Cano quien señaló que el demandante contaba con personal que le ayudaba porque no podía hacer todo solo y además sobre la obligación de entregar reportes diarios y revisar los que ellos presentaban. Luego de concluir en ese orden que lo que se desarrolló fue un contrato de trabajo determinó los extremos e impuso las condenas, resaltando que la demandada, no logró destruir con pruebas la prestación de servicios. En cuanto a los extremos los determinó entre el 25 de agosto de 2008 y hasta el 31 de diciembre de 2014, los cuales fuero aceptados en la contestación y corroborados en la documental. Analizó la excepción de prescripción y la declaró parcialmente probada. Analizó la procedencia de las sanciones moratorias a la luz de la buena fe, así como las cargas probatorias en cuanto a indemnización. Ordenó

la devolución de las sumas pagadas por aportes suma que ordenó indexadas…"

Inconforme con esta decisión la apoderada de la demandante interpone recurso así: ***"…*** *Si bien no se desconoce el servicio que es un servicio técnico especializado en workover intuito persona, pero no en los términos del primer elemento del contrato. en cuanto a la subordinación el despacho se centra en correos en donde se asigna remplazar personal de la compañía, pero estos 3 correos de 2013, se refieren a soportar y revisar labores de workover en campo y estos tres apoyos no pasaron de 10 días y eran actividades que estaban enmarcadas en el objeto de los contratos de prestación de servicios y en cuanto a los reportes diarios aduce que el sector de la demandada es un sector con actividad diaria luego es imposible a que el sector hidrocarburos se pare un solo día por eso exige monitoreo diario, por eso se exige reporte diario del campo y si bien hay jurisprudencia sobre subordinación por el solo hecho de ´presentar reportes y recibir instrucciones también hay sentencia sobre los contratos civiles, cita sentencias al respecto, pues todo contrato lo exige. Si bien se adujo que existía control de la labor esto no es óbice para determinar que hay subordinación. Cita sentencias insistiendo en que todo contrato comporta obligaciones. Dice que no se valoraron todas las pruebas, esto es las factura o cuentas de cobro que el demandante presentaba con tarifas que el mismo definía y estas cuentas se indicaba que era un consulto no hay mala fe la demandada nunca le pasó el formato de cuenta que venía presentado en papel membretado del actor y con declaraciones juramentadas de hacer sus aportes como consultor. Dice que el actor confesó que fue contratado como consultor y que presentaba cuentas de cobro, que laboró en eso en otras empresas que no le hacían evaluación que no tenia metas y que simplemente hacía su labor y la reportada y que nunca había sido sancionado a pesar de que en la demanda dijo que si, además el no conocía el reglamento y uno de los fundamentos es que sea sujeto del reglamento, el demandante jamás solicitó que la demandada pagara los aportes. En cuanto a la sanción moratoria no se analizaron las sentencias pues esta no es automática y debe analizarse la mala fe más cuando existían razones atendibles como lo es creer que se desarrollaban contratos de prestación de servicios. Siempre se pagó la tarifa y todo a lo que se comprometió y con una tarifa que incluso superaba el*

salario del gerente y por ser consultor en otras compañías. Incluso el mismo actor manifiesta que la terminación del contrato fue por crisis del sector que era a nivel mundial. En cuanto a los pagos de aportes es importante decir que el demandante ya este pensionado y no el demandante pagaba los aportes pues era un requisito para las cuentas de cobro y no hubo contingencias. Reitera que el contrato no se prueba con tres correos y el demandante no presentó ningún testigo y que los servicios fueron prestados recibiendo onerosos honorarios …."

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá el recurso de apelación, en el cual se insiste en que lo pactado y ejecutado fue un contrato de prestación de servicios, el cual como todo contrato implica obligaciones, sin que solo con tres correos se pueda establecer la subordinación, sin que se hayan valorado las demás pruebas como las cuentas de cobro que presentaba el demandante y lo que dice haber confesado en interrogatorio de parte.

De la primacía de la realidad y el contrato de prestación de servicios

Efectivamente el eje central de la litis en la primera instancia fue la determinación de existencia o inexistencia de un **contrato de trabajo,** hecho que desde el inicio se expresó en la demanda por la parte actora, mientras que la demandada lo negó insistentemente asegurando que el contrato fue de prestación de servicios, desarrollado de manera autónoma, haciendo todos los pagos.

Efectivamente y desde ya se advierte en criterio de esta Sala le asiste razón a la Juez de primera instancia que contrario a lo afirmado por la recurrente valoró las pruebas desde la óptica que le exige la ley y la jurisprudencia **en cuanto a las cargas probatorias; toda vez que y eso lo olvida la recurrente; hizo un juicioso análisis se refirió a los elementos del contrato (art 23 CST) y a la presunción establecida en el art 24 del mismo ordenamiento**.

En ese orden es claro que, una vez probado el primer elemento del contrato, **esto es la prestación del servicio en favor de la demandada; del cual no hay duda, fue admitido, no solo en el juicio sino en el recurso,** se abre paso la presunción de existencia del contrato; **correspondiéndole a la demandada desvirtuarla, probando el hecho contrario**, siendo ella quien estaba obligada a presentar las pruebas, por tanto no le correspondía a la parte actora presentar testigos de lo que se duele la recurrente, pues **pues justamente es esa la ventaja probatoria que ofrece el artículo 24 del CST.**

Y es que, para la Sala, contrario a lo afirmado por la recurrente la Juez si realizó un análisis de las pruebas, destacando que las sentencias a las que se acude en estos casos; solo sirven como ordena la constitución, de criterio auxiliar toda vez que se trata de encontrar si **en la realidad, se desarrolló un contrato de trabajo,** así se hayan suscrito contratos, presentado cuentas de cobro, pues eso no le restará valor a lo que efectivamente sucedió.

Por tanto, los tres correos solo corroboran que el demandante, realizaba una prestación de servicios continua y subordinada y no es que la Juez haya basado su decisión en ellos, sino que estos solo confirmaban la presunción tantas veces mencionada, equivocándose la recurrente cuando al parecer exige más pruebas de la parte actora, sobre una subordinación que se itera, una vez, más se encuentra presumida, debiendo el empleador derruirla.

Y es que esa afirmación de la recurrente sobre una indebida valoración de documentos con lo que cree se logró acreditar el desarrollo en la realidad del contrato de prestación del servicio no resulta acertada; toda vez que pasa por alto lo estipulado en el artículo 23 del CST, el cual señala que reunidos los elementos; **se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (Es decir así se le denomine de prestación de servicios o se celebre intuito personae, pues esto antes que desvirtuarlo lo confirma, o se presenten cuentas de cobro y otras)** . (Resalta la Sala).

Y es esto que resalta la Sala lo que la recurrente se itera, pasa por alto, al afirmar que no se valoraron estas pruebas, pues cuando se tratad de definir si hay contrato realidad, ellas no tiene la fuerza para derruir la presunción relativa a que no obstante ellas, se tiene por cierto la existencia del contrato de trabajo.

Y es que definitivamente aparecen en el expediente los contratos celebrados pero al analizarlos es incluso de su texto que puede desprenderse que nunca se trató de una labor de consultoría, que no fue esa labor la que se desarrolló sino un verdadero contrato de trabajo, lo que se conoce como "primacía de la realidad" que de vieja data ha aclarado la doctrina **sin que sobre recordar entonces a Mario de la Cueva quien al desarrollar el pensamiento de Molitor y de Scelle señaló**: **"la existencia de una relación de trabajo, depende, en consecuencia no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el situación se encuentre colocado y es que, como dice Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento . De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor".**

En consecuencia, no es que la Juez no hubiese valorado la documental, esto es los contratos o las cuentas de cobro que pasó el actor o el hecho de tener una afiliación como independiente, lo que pasa es que dado su análisis y sobre todo dado que la demandada no logró demostrar lo contrario; pudo concluir que en verdad se trató con ello de disfrazar un verdadero contrato subordinado, esto es de trabajo.

Nótese que consultar dada su definición que no es otra que pedir información opinión o consejo sobre determinada materia; era una labor que, en verdad, si fuera esa podía como señalaba en mismo contrato; ser prestada **en la forma que las partes convinieran mutuamente de tiempo en tiempo, como se estipuló en el punto 1.2 de la cláusula primera relativa al objeto de ese pacto.**

Por el contrario, lo que si quedó acreditado, con lo declarado por los mismos testigos, fue que el actor laboraba, tiempo completo rendía informes tiempo completo, en una labor que en nada puede equipararse a la de consultoría y que además contaba con un equipo para hacerla, pues no se podía realizar ni solo ni menos aún con la autonomía de un consultor.

No sobra reiterar, pues es argumento de la recurrente, cuando señaló que la parte actora no aportó ni testigos; con sentencias que datan de 1959 (dic 16), la CSJ ha expresado:

"Si para configurarse la existencia de un contrato de trabajo fuese indispensable la demostración plena de los tres elementos o requisitos fundamentales señalados por el artículo 23 del Código sustantivo del Trabajo, ello significaría que la norma del 24 sería inoperante e inocua. Por el contrario, con la demostración del servicio, ***se presume el contrato de trabajo, sin que sea necesario, en general producir la prueba de subordinación".***

Si la parte en contra de la cual obra la presunción, es decir la que alega que el contrato no era de trabajo, nada hace para desvirtuar esta presunción legal, mediante la demostración del hecho contrario, debe inevitablemente sufrir las consecuencias adversas de la decisión del litigio, pues está definido ya que al trabajador le basta con probar la prestación del servicio. Y es que el tema de la prueba también ha sido aclarado tiempo atrás por la jurisprudencia, quien desde 1965 en sentencia de abril 9 indicó que el artículo 24 del CST solo otorga una ventaja probatoria y no define necesariamente la contienda. Se dijo en esa oportunidad:

"*La presunción legal a que se refiere el artículo 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho.* ***Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual****…"*

Es claro entonces que la documental que asegura la recurrente básica para desvirtuar la presunción no lo es y por el contrario, y atendiendo los medios de prueba traídos al proceso encontramos que efectivamente operó

la presunción de existencia del contrato, **sin que ninguna actividad probatoria efectiva desplegara la demandada, fuera de tales documentos y la de los testigos** que en sí, no alcanzan a destruir la presunción pues se reitera una vez más: el contrato de trabajo es un contrato realidad y prevalece sobre cualquier denominación que quiera dársele.

Finalmente encuentra la Sala que, el hecho de haber pactado unos honorarios elevados no desvirtúa la presunción así fue celebrado el contrato que en la realidad fue de trabajo y que la sanción moratoria no se impuso de manera automática, toda vez que la conducta de la demandada, **no aparece guiada por buena fe**, por el contrario la pasiva pretendió con los contratos ocultar una verdadera relación de trabajo, sin que de manera alguna haya presentado razones que justifiquen su actuar omisivo en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, y es justamente en eso en lo que se equivoca la recurrente pues si bien es cierto y efectivamente constitucionalmente la buena fe se presume, en este caso de omisión en pago de derechos laborales, no es tampoco que se presuma la mala fe, **sino que la buena fe debe probarse, lo que no hizo la demandada, quien se le limitó a afirmar, que actuaba bajo un contrato de prestación de servicios cuando era otro el que desarrollaba; por lo que se confirma la decisión sin más razones por innecesarias.**

Sin costas en esta instancia

En mérito de 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:

R E SU E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 22-2017-750-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: FREDY ALEXANDER ALBA RODRIGUEZ

DEMANDADO: PROSEGUR DE COLOMBIA SA Y EMPOSER LTDA

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 19 de julio de 2021 proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término señalado en providencia anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandada Prosegur S.A.

ANTECEDENTES

El señor **FREDY ALEXANDER ALBA RODRIGUEZ** por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda en contra de **PROSEGUR DE COLOMBIA SA Y EMPOSER LTDA,** para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que entre él y PROSEGUR DE COLOMBIA SA existió una relación laboral desde el 17 de junio de 2005 hasta el 15 de marzo de 2016, que se declare que al demandante le es aplicable la convención laboral, suscrita entre la empresa y Sintravalores, que se declare que e contrato era indefinido por lo que debe declarase ineficaz el termino fijo pactado. En consecuencia, solicita prestaciones y salarios originados en la convención colectiva, reliquidación de cesantías, bonificación de antigüedad, indemnización por

despido injusto, legal y convencional, sanción moratoria, costas, extra y ultra petita. (Expediente Digital).

Fundamentó sus pretensiones en síntesis, afirmando que fue contratado mediante un tercero para laborar en PROSEGUR DE COLOMBIA SA, que esta y EMPOSER LTDA son de un mismo grupo empresarial esto es THOMAS GREG & SONS, que el demandante fue enviado en misión el 17 de junio de 2005, que ambas compañías se dedican al servicio de vigilancia, que el cargo desempeñado fue el de escolta conductor, que los uniformes tenían las insignias de PROSEGUR DE COLOMBIA SA, que portaba carnet de la misma, que era dotado de armas por esta empresa y que era esta quien pagaba la seguridad social del actor. Agregó que era Prosegur la empresa la que lo capacitaba, supervisaba, daba ordenes y si bien durante algún tiempo recibió pagos a través de EMPOSER LTDA, siempre prestó servicios a PROSEGUR, que la convención colectiva suscrita con Sintravalores prohibía contratar con otras compañías para el desarrollo de su objeto social, que fue sancionada por ello por el Ministerio del Trabajo, que la demandada adeuda prestaciones convencionales, indemnización extralegal, reliquidación y moratoria. (Expediente Digital).

Una vez notificada en legal forma la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA SA contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, negando los hechos, asegurando que dados los documentos el demandante fue trabajador de EMPOSER LTDA y que no es cierto que esta y PROSEGUR SA pertenezcan a un grupo empresarial, que EMPOSER le presta servicios de vigilancia mediante un contrato de servicios y en consecuencia nunca ha sido trabajador de la empresa y no es posible por tanto la aplicación de la convención colectiva. Propuso las excepciones de falta de integración del litisconsorcio necesario, prescripción, compensación, buena fe. (Expediente Digital).

Mediante decisión de noviembre 26 de 2018, el Juzgado vinculó como litisconsorte necesario a **EMPOSER LTDA,** quien contestó la demanda aceptando que el demandante fue su trabajador desde el 17 de junio de 2005 y hasta el 15 de marzo de 2016, negó los hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que el contrato terminó con justa causa. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación, falta de título y causa, prescripción, compensación, buena fe. (Expediente Digital)

El Juzgado de conocimiento resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el demandante señor FREDY ALEXANDER ALBA RODRÍGUEZ y la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A, bajo el principio de la primacía de la realidad sobre la forma, existió un verdadero contrato de trabajo a término indefinido desde el día (17) de junio del año 2005 y hasta el (15) de marzo de 2016 y que la sociedad EMPOSER, fungió como simple intermediario.*

SEGUNDO: DECLARAR *que el demandante es beneficiario de la convención colectiva 2008 y 2009 suscrita entre THOMAS PROSEGUR S.A y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE PROSEGUR S.A - SINTRAVALORES, motivo por el cual se condena a la pasiva PROSEGUR S.A a pagar y reconocer los beneficios establecidos en los artículos 26, 27, 28 Y 29.*

TERCERO: DECLARAR *parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme la parte motiva la presente decisión*

CUARTO: CONDENAR *a la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., a pagar al demandante señor FREDY ALEXANDER ALBA RODRÍGUEZ, las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:*

1) La suma de $25.254.285, por concepto de reliquidación de cesantías causadas del 1 de diciembre de 2008 al 15 de marzo de 2016.

2) La suma de $1.731.611, por concepto de prima extralegal de junio convencional.

3) La suma de $2.793.734, por concepto de prima extralegal de diciembre convencional.

4) La suma de $ 385.345, por concepto de prima de vacaciones convencional.

5) La suma de $ 144.350 por concepto de prima de antigüedad convencional.

QUINTO: AUTORIZAR *a las demandadas COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A y EMPOSER LTDA efectuar los descuentos de los valores ya pagados, conforme el soporte que aporte, soporte que deben estar convalidados por la firma del demandante o la consignación en la cuenta bancaria del actor para que proceda el descuento autorizado.*

SEXTO: CONDENAR *a la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A, a pagar al demandante señor FREDY ALEXANDER ALBA RODRÍGUEZ la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST, a partir del 16 de marzo de 2016, a razón de un salario mínimo diario devengado, correspondiente a $22.981 por cada día de retardo, y hasta que se efectúe el pago de los valores condenados.*

SEPTIMO: CONDENAR *de manera solidaria a la sociedad EMPOSER LTDA de las sumas impuestas en el numeral cuarto y sexto del presente proveído.*

OCTAVO: ABSOLVER *a la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A y EMPOSER LTDA, de las demás pretensiones invocadas en su contra por el señor demandante.*

NOVENO: CONDENAR EN COSTAS *a las demandadas COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A y EMPOSER LTDA en la suma de $2 SMLMV como agencias en derecho.*

Como fundamento de su decisión, en síntesis señaló el Juez: "…*En el presente caso, tenemos que el demandante solicita de manera principal en su escrito de demanda que se efectúe la declaratoria de un contrato realidad con LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA, para lo cual argumenta que prestó de manera personal servicios ante dicho ente, desempeñando labores propias del giro ordinario de la misma, conforme lo cual fue esta última quien fungió como su verdadero empleador, tiene la obligación de pagar los beneficios convencionales suscritos con la empresa y asociación sindical, por lo cual es procedente la reliquidación durante toda la relación, así mismo solicita que se declare que EMPOSER LTDA solo fungió como intermediaria….Se refirió al artículo* ***artículo 23*** *del Código Sustantivo del Trabajo, citó los elementos e igualmente se refirió a lo señalado por la jurisprudencia que una vez demostrada la prestación personal del servicio, al demandado corresponde desvirtuar la* ***presunción*** *establecida en el* ***artículo 24 del C.S.T****., pues así lo ha señalado la H Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la calendada de fecha 2 de junio de 2009, radicación 34759, MP. Dr. Camilo Tarquino Gallego, de la cual citó apartes. Precisado lo anterior, dijo se evidencia que a efectos de poder establecer quien fue el verdadero empleador del demandante, surge necesario efectuar un estudio de los contratos arrimados y obrantes en el plenario, suscritos por parte de PROSEGUR DE COLOMBIA y EMPOSER LTDA.Dentro del plenario, a folio 75 y ss obra el contrato de prestación de servicios*

independiente de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego suscrito entre THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A hoy PROSEGUR DE COLOMBIA S.A y EMPOSER S.A, a través del cual se contrató el suministro por parte del contratista del servicio de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego en lugares, instalaciones y bienes muebles e inmuebles que el contratante requiriera a nivel nacional. Conforme a la documental obrante en el plenario, agrego, de manera puntual el contrato visible a folio 497 del plenario, se extrae que el demandante fue contratado por parte de EMPOSER LTDA el 17 de junio de 2005, para ejecutar el objeto del contrato suscrito con PROSEGUR SA, esto es, prestar los servicios de vigilancia, desempeñando el cargo de ESCOLTA ATM, labor que desempeño hasta el 15 de marzo del año 2016….En el caso objeto de estudio, tenemos que las partes demandadas plantean que en el presente asunto lo que existió fue la existencia de un contratista independiente, para lo cual PROSEGUR DE COLOMBIA S.A, contrató los servicios de la empresa contratista EMPOSER LTDA, para que esta última se encargara de la prestación de los servicios de vigilancia fija y móvil, aspecto ajeno al objeto social de PROSEGUR, por lo que quien fungió como empleador del demandante lo fue EMPOSER LTDA, evento conforme el cual estima necesario este Despacho analizar dicha figura a efectos de establecer si se cumplieron a cabalidad las características que la definen. Citó el artículo 34 del CST, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 4479-2020, reiterada en sentencia SL906-2021….Como se puede observar, ***para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos****. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación. Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST)* ***sino frente a un simple intermediario*** *que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo****, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria****. Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas. En efecto, de la revisión del objeto social de la sociedad PROSEGUR COLOMBIA S.A , se evidencia que dentro de sus actividades se encuentran "El transporte y logística de bienes valorados, entendido este último como el proceso de almacenamiento, embalaje, distribución y transporte de bienes con valor intrínseco, especialmente pero sin limitarlo a ello, de dinero en efectivo, la prestación del servicio de recibo de dinero para su clasificación y empaque, la prestación del servicio de vigilancia fija y escolta asociada al transporte de valores". A su vez, de la revisión del objeto social de EMPOSER LITDA, se consigna que, La prestación remunerada de los servicios de vigilancia y seguridad privada con o sin armas, en las modalidades de vigilancia fija, vigilancia móvil y escolta a personas, vehículos y mercancías, empleando para ello cualquier medio autorizado por la superintendencia de vigilancia y seguridad privada, material o tecnológico, tales como armas, centrales de monitores y alarma, circuitos cerrados, equipos de visión, escucha de remotos, equipos de detención, controles de acceso, controles periféricos y similares.." De manera que, al encontrarse probada la prestación personal del servició del demandante a favor de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A, como aconteció en el presente asunto, lo que correspondía para dicha sociedad, en virtud del artículo 24 del CST era derruir dicha presunción, con lo cual debía demostrar que los servicios se prestaron bajo la coordinación de un contratista independiente, quien asumía todos los riesgos para realizar la obra o actividad contratada con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. En ese sentido, si bien PROSEGUR DE COLOMBIA S.A, puso de presente que EMPOSER LTDA actuó como contratista independiente, quien afirma fue el empleador del demandante, pues fue quien lo contrató para prestar los servicio de vigilancia, por lo que era este último quien efectuaba los pagos por concepto de remuneración y suministró los elementos para la*

prestación del servicio, lo cierto es que de la revisión de los objetos sociales de las empresas demandadas, ***pese a que en principio no lucen iguales, en tanto como objeto principal de la primera se indicó el transporte de valores, movilización, custodia de valores, mientras que para EMPOSER LTDA lo es el servicio de seguridad y vigilancia privada con o sin armas, aquella actividad se encuentra con la actividad consignada en el numeral 8° del objeto social de PROSEGUR LTDA, consistente la vigilancia fija y escolta asociada al transporte de valores, por lo que no es claro para este despacho la razón de acudir a un tercero para ejecutar labores propias de su objeto social.*** *Aunado a lo anterior, se advierte que la labores que desempeñó el demandante fue como escolta de ATM, lo fueron utilizando los vehículos de la empresa contratante, conforme se extrae del dicho del testimonio de* ***Daniel José Navarro Sotelo****, quien laboró con el demandante, quien también además de confirmar y manifestar constarle prestación del servicio, indicó que siempre fue bajo las órdenes de PROSEGUR LTDA. En cuanto a la pregunta de por que sabía que eran de PROSEGUR el testigo dijo que los vehículos tenían el logo PROSEGUR y por tanto eran camiones de esta. Dijo que las demandadas debían probar que los camiones eran de EMPOSER, lo que ni se hizo. También es posible extraer que la contratación lo fue para ejercer labores y en desarrollo de actividades inherentes al giro normal de sus negocios, pero además, bajo la dirección, manejo, control y capacitación de PROSEGUR, actividad que se itera, está directamente relacionada con el objeto social de la dicha sociedad, con lo cual se desvirtúa la condiciones de independencia requeridas por parte de un contratista, más aún cuando del tiempo que duro laborando el demandante que lo fue más de 10 años, también se extrae que no se encontraba frente a una labor transitoria u ocasional, de lo que fácilmente se concluye que PROSEGUR S.A fungió como un verdadero empleador, mientras que EMPOSER LTDA fungió como un simple intermediario, sin que el hecho de que esta última hubiese efectuado los pagos o la función disciplinaria, tenga la virtualidad suficiente para derribar la conclusión antes citada. Así las cosas, se declara que entre el señor FREDY ALEXANDER ALBA RODRÍGUEZ y la empresa existió un contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 17 de junio de 2005 y hasta el 15 de marzo de 2016, interregno de tiempo donde el demandante se desempeñó como ESCOLTA ATM y agregó que EMPOSER fue un simple intermediario. Determinó el Salario y se pronunció sobre la convención colectiva señalando que se aportó a folio 41 Convención Colectiva 2008-2009, con constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo, con vigencia del 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009, concluyendo que del artículo 3º de la Convención Colectiva, se muestra que la misma era aplicable para todo el personal de THOMAS PROSEGUR S.A dentro del territorio nacional donde esta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorable a sus trabajadores. Respecto de la cual, si bien en el presente asunto no se acreditó que la demandante hubiese estado afiliado a la referida organización sindical, lo cierto es que el campo de aplicación de la misma se encuentra dirigido a todos los trabajadores de PROSEGUR S.A, por lo que claramente tiene derecho a su aplicación,pues el accionante cumple lo allí requerido, dado que conforme a lo aquí declarado la condición de trabajador se encontró acreditada con dicha sociedad, así como su nexo estaba vigente al momento en que entró en vigencia la misma. En consecuencia, impuso las condenas correspondientes. En cuanto a la indemnización moratoria, luego de citar la ley y la jurisprudencia al respecto encontró que la conducta asumida por la parte demandada PROSEGUR S.A, no se encuentra enmarcada en los postulados de la buena fe, en tanto se demostró la existencia de un contrato de trabajo, en virtud del cual debió efectuar el pago de los rubros que surgieron a favor de la parte demandante, incluso los de orden convencional, los cuales derivaron en la reliquidación de las cesantías solicitada, por lo que impuso condena al respecto. En cuanto a la indemnización por despido luego de citar la ley y jurisprudencia señaló que obra a folio 327 del plenario la carta de terminación del contrato, mediante la cual, EMPOSER LTDA, la citó e indicó que a folio 329 del expediente obra la citación a diligencia de descargos efectuada al demandante, la cual tuvo lugar el 14 de marzo de 2016, conforme acta que obra a folio 330 del plenario, en la que se evidencia que luego de ser requerido el demandante sobre los hechos acontecidos el 30 de enero de 2016, el mismo indicó que " se le realizaron los cajeros por el lado de la zona de cargue, que es donde el ingreso es más corto y hay menos riesgo para hacer los BBVA y los Cajas Social, desde entonces lamentablemente no tenemos visual del carro,* ***tengo que admitir que no me percate cuantos servicios saco el furgonero del tercer compartimento, ni si el J,R revisó los sello****…", así como que se le preguntó en la diligencia en mención que si era consciente de la omisión de procedimientos que desembocaron en la perdida de $12.800.000, a lo que el demandante, respondió sí hubo omisión en los procedimientos.* ***Bajo ese panorama, se evidencia que el demandante acreditó el despido,***

pero también lo es que la demanda EMPOSER LTDA demostró la justa causa de terminación del contrato, con base en hechos que fueron aceptados por el demandante en diligencia de descargos, con los cuales se produjo la pérdida de un dinero al omitir efectuar su labor en observancia de los términos y procedimientos establecidos, por tanto, no hay lugar a condenar por este concepto a la parte demandada. *Finalmente analizó los artículos 34 y 35 del C S T, cita sentencias al respecto y concluye que como EMPOSER, solo actuó como simple intermediario, dentro del vínculo laboral que existió entre el actor y la empresa PROSEGUR LTDA, debe responder solidariamente por los rubros condenados, conforme el ordinal 2° del artículo 35 del C.S.T.*

Inconformes con esta decisión las partes interpusieron recursos así:

La parte demandante manifestando: *"….en lo relativo al numeral 8 que absuelve a las demandadas en relación con el despido sin justa causa. Si bien se declaró que el empleador era Prosegur y aplicaba la convención, el empleador era quien debía despedirlo; no el intermediario porque no era el empleador y no era quien debía despedirlo, la convención contiene un régimen con procedimiento para el despido del trabajador y si aplicaba la convención ese procedimiento debía observarse. Emposer actuando como representante, no tuvo en cuenta la convención luego hay una violación del debido proceso pues las normas son las que se apliquen al momento del despido. No hay prueba que la empresa haya perdido 12 mil millones de pesos y que eso haya sido cupa del trabajador seguramente por estar ocupado en otra labor que le puso el empleador. Al no serle aplicado el régimen el despido deviene injusto y se debe aplicar la indemnización legal y el de la convención….*

Las demandadas tanto Prosegur como Emposer, afirmando que *si bien se hizo un análisis del contrato el despacho pasa por alto que Emposer tiene como objeto social realizar actividades de seguridad en cuanto a medios electrónicos y Prosegur no tiene como objeto el aprovisionamiento de cajeros, luego en estos eventos en los que el objeto social, no hace parte de la compañía, si puede realizarse por colaboración empresarial o de contratación entre empresas para desarrollar la labor. La labor de aprovisionamiento de cajeros no necesariamente hace parte del objeto de Prosegur la actividad principal es el transporte, logística de valores, la entrega de dinero a los clientes y no el aprovisionamiento de cajeros. Es por ello que suscribió un contrato comercial con Emposer, para hacer ese acuerdo interempresarial, para desarrollar actividades en beneficio de los clientes. Lastimosamente, la Juez solo se hace mención a dichos parciales de un testigo y desconoce toda la documental aportada e incluso las situaciones narradas por el testigo, pues si bien se formuló tacha de la cual no hizo tampoco mención el despacho, era necesario analizar en conjunto todo para determinar si en verdad era una simple intermediación. Se dijo que los equipos eran de propiedad de Prosegur pero la propiedad no se demuestra a través de testimonios, pues la propiedad de inmuebles se hace por documentos que señala la ley ,frente a ello el testigo insistió en que el demandante realizaba actividades en una sección diferente a donde el las desarrollaba e insistió a que eran separadas de labores atm, entonces por que? el testigo diferencia actividades atm y logística de labores, si era la misma actividad ,por que? no se revisó que las actividades se llevaban en secciones separadas y el testigo no tiene ni certeza de quien eran los propietarios, si es que se aceptara un testimonio para acreditar la propiedad. El testigo dijo que las motos eran de propiedad de los trabajadores y en este caso insiste el mismo testigo pretendió desviar la actividad diciendo que todas las armas eran de Prosegur pero al preguntársele si habían armas de Emposer, dijo que* ***sí****. No es lógico que el lugar sea de la contratante pues no es lógico que todos los elementos tengan que ser de la parte que suministra el servicio, es una actividad de colaboración empresarial, las dos partes suman su trayectoria para lograr una función que es aprovisionar cajeros y por ello es viable el acuerdo y más allá de que se beneficiara Prosegur, lo son los clientes. No le asiste razón jurídica ni probatoria a la Juez para fundar su decisión en situaciones alejadas de la realidad. Se dijo en demanda que era Prosegur quien daba los uniformes y se anexan los detallas de los uniformes que daba Emposer, fue Emposer quien dio los uniformes, las armas las entregaba Emposer, que sí tenía armas y los servicios de vigilancia y escolta no pueden ser de autonomía técnica, Emposer fue el verdadero empleador y además si se suma que si tiene en cuenta que fue empleador pero que no en su totalidad es difícil comprender esa conclusión ,pues dice que Emposer fue quien ejercía el poder subordinante, que incluso dio lugar a la terminación del contrato, cuando fue el mismo demandante quien acepta incumplir con protocolos y no se despide por la pérdida del dinero, sino que su omisión contribuyó a ello. Se tiene en cuenta el poder subordinante las directrices, pero luego dice que el empleador es Prosegur. Incluso el*

testigo dijo que dentro de Prosegur había personal de Emposer, con quien debía hacerse todas las solicitudes permisos y bajo ese derrotero es claro que fue Emposer fue el empleador no Prosegur y además no se demuestra que dentro del objeto de Prosegur tuviera el aprovisionamiento de cajeros luego si era posible el contrato. El despacho no analizó el contrato para determinar que al ser una actividad atípica de Prosegur podía hacer el contrato con Emposer, lo que insiste no analizó el despacho. En cuanto a la aplicación de la convención la afiliación de un trabajador no puede ser presuntiva luego no puede ser aceptada de manera genérica tendría que haber demostrado la afiliación al sindicato, la fecha en la que se hizo, tendría que haber demostrado el pago de cuota pues así se extienda la convención a todos los trabajadores no hay constancia del pago del aporte para hacerse beneficiario de la convención. Pero además hay requisitos para la afiliación y debía ser trabajador de Prosegur debe ser aprobado por la junta. Se demostró que no era viable aplicar la convención a todos los trabajadores y se indicó además que las organizaciones sindicales todas presentaron pliegos y además que salió un laudo que reguló las relaciones de otros sindicatos. También hay pacto colectivo por ello para el año 2010 Sintravalores, dejó de ser mayoritario existían otras organizaciones y pacto lo que conllevo a una convención nueva 2015-2019 que no analizó el despacho pues allí hay un capítulo especial, El despacho no analizó la convención, ni se demostró que el demandante tuviera siquiera intención de afiliarse a la organización sindical al no ser afiliado y al no haber solicitado la aplicación de la convención y al no ser trabajador de Prosegur tampoco le era aplicable la convención. El demandante no cumplía ningún parámetro para que se le aplicara la convención. Así se llegara a concluir que fue trabajador de Prosegur…."

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados en los recursos interpuestos por las partes, debiendo en primer lugar referirse a la existencia del contrato realidad declarado para posteriormente absolver los puntos referentes a la indemnización por despido sin justa causa y de haber lugar a ello, respecto a la aplicación de la convención colectiva suscrita por Prosegur y sus trabajadores.

En el presente, no fue objeto de reparo que el actor, fue contratado por la sociedad Emposer Ltda., vinculación que tuvo lugar entre el 17 de junio de 2005 al 15 de marzo de 2016, como da cuenta la certificación laboral expedida por la sociedad en mención aportada al expediente digital.

Indica el actor que realmente prestó sus servicios para la sociedad Prosegur Colombia S.A., a lo que esta última se opuso en su contestación y recurso indicando que había suscrito un contrato de prestación de servicios independientes de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego, documental que en efecto fue allegada al plenario y da cuenta que entre Thomas Greg & Sons Transportadora de Valores S.A. hoy Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. y Emposer Ltda. se suscribió dicho acuerdo el 14 de enero del 2000, del cual se tiene que su objeto se circunscribió a: *"suministro por parte del CONTRATISTA y en favor DEL CONTRATANTE, del servicio de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego en los lugares, instalaciones y bienes muebles e inmuebles que EL CONTRATANTE requiera a nivel nacional (...) para tal efecto, el servicio de*

vigilancia aquí contratado se prestará con el número de hombres armados requeridos previamente por EL CONTRATANTE, los cuales estarán altamente calificados y completamente uniformados y dotados con el equipo necesario para llevar a cabo y en buen término el objeto del presente contrato (...) EL CONTRATANTE podrá exigir que el personal designado por EL CONTRATISTA para la prestación del objeto del presente contrato, utilice los uniformes, dotación, carnés, y demás elementos necesarios que contengan la razón social o el nombre del CONTRATANTE, lo cual no implica en ningún sentido la existencia de subordinación alguna entre el CONTRATANTE y el personal del CONTRATISTA. (negrilla fuera del texto original)

Es así como la parte actora fundamenta sus pretensiones, en la figura prevista en el artículo 35 del CST, aduciendo que la demandada Emposer fungió como un simple intermediario en la verdadera relación laboral que tuvo lugar con Prosegur S.A.; al efecto la normatividad en cita indica:

> *1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*
>
> *2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como* ***empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo****.*
>
> *3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así,* ***responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas****. (Negrilla fuera del texto original)*

Del contenido de la norma en cita, se determina que contiene una presunción de derecho que ningún juez puede desconocer; por ello, cuando se demuestra en el proceso que la persona natural o jurídica que afirma ser un empresario independiente coordinó los servicios del trabajador utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos del contratante, para beneficio de éste, y se demuestra que el trabajador desarrolló ordinariamente actividades inherentes o conexas a las actividades del contratante, el juez debe declarar en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Política que el verdadero empleador fue el contratante y beneficiario de los servicios.

Bajo tal perspectiva resulta claro que conforme los términos del acuerdo antes transcrito, en él las demandadas pactaron de manera clara que la prestación de servicio del aquí demandante, podría ser ejecutada con *los uniformes, dotación, carnés, y demás elementos necesarios que contengan la razón social o el nombre del contratante,* en este caso, Prosegur S.A., circunstancia que quedó probada tuvo

lugar para el caso del actor, como quiera que se allegó documental al plenario contentiva de registro de firmas ante Prosegur, en las que se detalla al demandante con su nombre, fotografía e identificación, de igual manera, la testimonial vertida por el señor Daniel José Navarro, dio cuenta de que la dotación de vestido y calzado de labor entregada a él como al actor, contaba con los logos de Prosegur S.A, de igual manera constancias de capacitación para la correcta ejecución de las labores del actor por parte de la sociedad en mención.

Aunado a lo anterior, el mismo testigo dio cuenta de que los servicios prestados por el actor se dieron realmente a favor de la demandada Prosegur S.A., utilizando para el efecto equipos, maquinarias, y herramientas de esta última y quien se benefició de tales servicios, siendo claro que tales labores que ejecutó el actor que se enmarcaron dentro del objeto social de Prosegur S.A., pues estaba encargado del suministro y transporte de dinero a los cajeros de las diferentes entidades bancarias y revisado el objeto social de esta demandada, encuentra la Sala que el mismo se circunscribe al transporte de toda clase de valores, aunado a lo cual y contrario a lo señalado por las demandadas en recurso y alegaciones, la sociedad Emposer, hace parte del mismo grupo empresarial que Prosegur S.A., esto es, el grupo Thomas Greg & Sons, como da cuenta las diferentes documentales allegadas al plenario expedidas por las sociedades demandadas, de tal manera que no se explica esta sala cómo siendo las pasivas parte del mismo grupo empresarial y prestando el demandante sus servicios para Prosegur S.A., no fue contratado por tal sociedad de manera directa, pretendiendo esconder la realidad bajo la suscripción de un acuerdo empresarial.

Es así como contrario a lo indicado por Prosegur en su recurso y alegaciones, la testimonial vertida y las documentales arrimadas al plenario dan cuenta que el servicio prestado por el actor fue a favor de la sociedad en mención, ya que el señor Daniel Navarro, narró que los supervisores de la misma eran quienes les daban órdenes e instrucciones para el correcto cumplimiento de sus funciones, que las armas con las que los dotaban también pertenecían a Prosegur y si bien se propuso tacha sobre el testigo por ser demandante en un proceso similar, su declaración luce espontánea y veraz, además coincide con las conclusiones que se obtienen de los documentos aportados al proceso, no evidenciándose que dicho medio de prueba haya sido mal valorado contrario a lo indicado por las sociedades recurrentes, ya que contrario sensu, dan cuenta de que el verdadero empleador del actor fue la sociedad Prosegur S.A.

Aplicación de la convención colectiva

Afirma la recurrente que no es posible aplicar para el caso del actor la convención colectiva allegada al plenario cuya vigencia corresponde a los años 2008 – 2009, la que dicho sea de paso, cuenta con el respectivo depósito ante el Ministerio de

Trabajo y no se allegó prueba alguna de que la misma haya sido denunciada, de lo que se deduce que goza de vigencia y constituye fuente de derechos, dicho instrumento convencional en su artículo 3 indica que le es **aplicable a todos los trabajadores de Prosegur, con independencia de que tengan la calidad de afiliados a la organización sindical Sintravalores, pues no contempla tal requisito,** siendo claro que le es plenamente aplicable al caso del actor, al determinarse su calidad de trabajador de la sociedad en mención.

Indemnización por despido injusto

Determinada la procedencia de la aplicación de la convención colectiva allegada, respecto de la indemnización alegada en su recurso por la parte demandante, se tiene que si bien esta consagra un procedimiento previo a efectuar el despido de sus trabajadores, lo cierto es que como bien lo indicó la decisión de instancia, en el trámite procesal quedó plenamente probado que tal despido obedeció a una justa causa pues tal cuestión fue plasmada en diligencia de descargos rendida por el trabajador demandante el 14 de marzo de 2016 como se evidencia a folio 330 del plenario y en la cual este aceptó que inobservó los procedimientos del transporte de valores que condujeron a la perdida de un dinero, razón por la cual, no hay lugar a variar la decisión en tal sentido; al comprobarse la justa causa del despido durante el debate procesal.

Es así como al no salir avantes los argumentos esbozados por las partes en sus recursos, se **confirmará** la decisión en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a 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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WILLIAM MARTINEZ PACHECO CONTRA DRUMMOND LTDA S.A. RAD N° 36-2017-337-02

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada.

SENTENCIA

El señor **WILLIAM MARTINEZ PACHECO**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **DRUMMOND LTDA**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se le condene a pagar el beneficio convencional equivalente a 24 salarios que se debía reconocer el 15 de febrero de 2015, fecha en la que se terminó el contrato de trabajo, al pago de indemnización moratoria y costas. En forma subsidiaria solicita el pago de intereses moratorios desde la fecha de terminación del contrato y hasta el pago. (Expediente Digital).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones afirma que empezó a laborar para la demandada el 5 de julio de 2004, que ingresó con algunos diagnósticos médicos pero apto para desempeñar el cargo de operador de

tractor por 18 años, que estuvo afiliado al SINDICATO DE TRABAJADORES SINTRANERGETICA, por lo que tenía beneficios convencionales, que el artículo 34 de la convención consagra un auxilio extralegal por muerte, que a raíz de dictámenes de la junta fue pensionado por invalidez, a la fecha de estructuración de la invalidez el contrato estaba vigente, por su condición de invalidez la empresa da por terminado el contrato de trabajo el 15 de diciembre de 2015, que la aseguradora ha negado el seguro que cubre invalidez total y permanente, toda vez que la empresa no notificó las preexistencia al ingreso a la empresa, que inició un proceso ante la jurisdicción civil en contra de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA Y DRUMMOND LTDA. (Expediente Digital).

la demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, afirmando que se cumplió con las obligaciones convencionales tomando una póliza con una compañía de seguros. En cuanto a los hechos aceptó la existencia de contrato y aseguró que los exámenes realizados al ingreso fueron pre ocupacionales, que es cierto la existencia del beneficio, pero que el trabajador esta vivo y que las otros amparos se rigen por lo pactado en las pólizas y por el CC y de comercio, afirma que la demandada cumplió con su obligación convencional al tomar una póliza con una aseguradora, que a la fecha de la contestación de la demanda, ya hay sentencia en firme de la jurisdicción civil, luego existe cosa juzgada. Propuso las excepciones previas de cosa juzgada, falta de jurisdicción y competencia y las de fondo denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de la obligación, cosa juzgada , falta de acreditar la convención con el lleno de requisitos formales y genérica. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia, la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el 19 de enero de 2022 por la cual resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada DRUMMON LTD., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor WILLIAM MARTÍNEZ PACHECO.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante. Liquídense por concepto de agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV…..”

Para llegar a esa conclusión afirmó en síntesis la Juez: *“… determinó el problema jurídico, en determinar la procedencia del beneficio convencional. No hay debate en cuanto a la existencia del contrato de trabajo, ni sobre la fecha en que terminó. En cuanto al extremo inicial lo determinó en el 17 de diciembre de 2004, lo que tiene sustento no solo en el contrato aportado, sino con los demás documentos como la liquidación. En cuanto al beneficio convencional reclamado en la cláusula 34 de la convención. Aseguró que en este proceso no se cuestiona lo derivado de los contratos de seguros pues este tema fue objeto de debate por la jurisdicción civil. Lo que se busca acá es el derecho a lo consagrado en la convención art 34 de la convención de 2013 a 2016, luego debe analizarse el texto de la norma. Señaló que para beneficiarse de un acuerdo convencional, no solo se debe aportar con las formalidades señaladas en la ley como es el deposito (art 469 del C S T), sino que se es beneficiario de la misma. La convención obra en el expediente como también la constancia de deposito y así mismo el artículo primero de esta señala que dicha convención es aplicable a los trabajadores de labor diaria, sindicalizados o no que se acojan a ella y también a los del área de ferrocarril y almacén que estén sindicalizados y que no ocupen labor de supervisión. Señaló que no hay constancia de que el demandante fuese afiliado al sindicato, Sintramienergetica, ni que se hubiere acogido a la convención en su calidad de trabajador de labor diaria. Agrega que lo que aparece en el expediente es una solicitud a Sintradrummond no a Sintramienergetica, la respuesta fue el 29 de agosto de 2017, diciendo que no hay constancia de pagos y de allí lo único que se desprende es que no está afiliado a Sintradrummond pero no lo que está a Sintramienergetica como se afirma en la demanda. Tampoco puede decirse que se apliqué la convención por extensión porque no sedan los supuestos facticos de la norma según el art 471 del C S T. Luego la parte no cumplió con su carga probatoria, como dispone el art 167 del C G P, aplicable por remisión en laboral. El* ***actor*** *debía probar que era beneficiario de la convención y como no lo hizo sufrirá las consecuencias, que son la negativa de las pretensiones. Con todo dijo la Juez si en gracia de discusión se aceptara la aplicación de la convención, al verificar el contenido del art 34 el cual cita, señala que se*

causa por muerte. Luego se refiere a sentencias de la C S J, sobre el ejercicio hermenéutico que deben realizar los juzgadores cuando interpretan las convenciones. Cita la sentencia SL 1974 de 2021 relativa al sentido corriente y común de los términos que prevalecen sobre los tecnicismos jurídicos, pues los interlocutores no siempre son abogados. Cita también la SL1038 de 2021 y la SL 660 de 2021, que reitera otras. Dice que al ver la norma de la lectura de la misma es apenas razonable que esta esta encaminada mediante una póliza y solo se da cuando se cumple una condición, esto es la muerte ya sea por homicidio o suicidio, incluso se da en la misma un ejemplo, luego la interpretación de la parte actora no se acepta, pues allí no se menciona siquiera la perdida de capacidad laboral y distorsiona la voluntad de las partes. No hay allí el más mínimo asomo de hacerla extensiva a la perdida de capacidad laboral mayor o menor al 50 %...."

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte actora señaló: "la *decisión no se ajusta a la realidad procesal, toda vez que se realizó examen médico de ingreso y a folio 244 donde está la convención está en el art 34 que dice que se iba a garantizar por una póliza de seguro y en la contestación de la demanda se dice que el trabajador tenía derecho a una póliza por incapacidad permanente. Agrega que debió hacerse una apreciación amplia y objetiva, si era objeto de cobertura por una incapacidad permanente total y máxime cuando se tuvo el expediente de la justicia civil el cual determinó que no se le reconocía el pago de la póliza colectiva porque no notificó la existencia de preexistencia. Señala que se ha pagado a muchos trabajadores y solo basta analizar la contestación de la demanda en donde se acepta que era un beneficio. Dice que la convención se hace extensiva a todas las organizaciones sindicales, dice que no se objetó que el demandante era beneficiario de esa convención Esta decisión es discriminatoria y se opone a la C P y al convenio 98 de la OIT…"*

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, advirtiendo desde ya que la sentencia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

En primer lugar, no obedece a la realidad procesal la afirmación del recurrente, en cuanto a que en la contestación de la demanda se aceptó que el demandante se beneficiaba de la convención y de la cláusula convencional. Revisada la misma entonces lo que se encuentra es justamente lo contrario pues al hecho sexto en donde se indica que el artículo 34 de la convención consagra un **auxilio extralegal por muerte del trabajador,** la demandada contesta que es cierto, **pero aclarando que aunque acepta la existencia de la clausula esta no se aplica al trabajador sencillamente porque esta vivo y así lo ratifica al contestar los hechos 7 y 8 afirmando enfáticamente que no hay lugar a este reconocimiento.**

De otra parte, tampoco es cierto que en la contestación de la demanda se admita que el trabajador tuviese derecho al pago de otro seguro, derivado de una incapacidad permanente, pues justamente lo que afirma es que no es así, agregando que este tema ya fue resuelto por la jurisdicción civil, de manera que como señaló la Juez este tema no fue el planteado a esta jurisdicción, en donde se solicita la aplicación de la cláusula 34 relativa a un pago derivado de la muerte y no a ningún otro.

Ahora bien, afirma el recurrente que la convención se aplica a todas las organizaciones sindicales; lo cual tampoco es cierto toda vez que esta convención fue celebrada por la DRUMMOND LTDA Y SINTRAMIENERGETICA, luego para que fuera aplicada a otras organizaciones sindicales existentes a nivel de la empresa debió contemplarlo así y revisada por la Sala, no se encuentra norma diferente a la del artículo 1 esto es aquella analizada por la Juez y que no sobra traer nuevamente a colación. Dice la norma

1. *CAMPO DE APLICACIÓN: Las disposiciones consagradas en la presente Convención Colectiva de Trabajo se aplicarán a los trabajadores del rol diario sindicalizados y no sindicalizados que se acojan a la convención, en todas sus dependencias y subsidiarias en Colombia.*

Igualmente, se aplicará a los trabajadores del área de Ferrocarril y Almacén que están sindicalizados y que no ocupen posiciones de Supervisión….”

Nada de lo allí expuesto como requisito para beneficiarse de la convención fue acreditado esto es: i) que fuese afiliado a Sintramienergetica, ii) que al no serlo y siendo de rol diario se hubiese acogido a la convención. Pero tampoco revisados los 55 artículos se encuentra que se hubiese extendido su aplicación a otros sindicatos no celebrantes del pacto como Sintradrummond u otro como señala el recurrente, ni menos aún que exista una extensión legal, tal y como señaló la Juez. De manera que todas estas afirmaciones carecen de sustento.

Finalmente, no hay duda, que ni aun intentando una interpretación amplia y objetiva, como exige el recurrente, podrá tan siquiera inferirse que la cláusula 34 consagrase un auxilio extralegal, para trabajadores con perdidas de capacidad o incapacidades permanente como pretende la parte actora, sin que sobre nuevamente citarla. Se expresó allí y desde su título:

“ 34. AUXILIO EXTRALEGAL POR MUERTE DEL TRABAJADOR. Se mantendrá la póliza de vida grupo incrementando los amparos a los siguientes valores:
Básico de Vida (incluye la muerte por homicidio y suicidio desde el inicio de la vigencia del amparo individual); 24 mensuales.
Indemnización Adicional por Muerte accidental y Beneficios por desmembración (incluye muerte por homicidio): 24 sueldos mensuales…..”

Los demás incisos solo dan un ejemplo y disponen que el costo de la póliza estará exclusivamente a cargo del empleador.

De manera que acertó la Juez cuando así lo declaró pues de haber querido las partes que celebraron el acuerdo colectivo hacerlo hecho extensivo a situaciones de incapacidad permanente, lo hubieran plasmado en el texto.

Finalmente, no hay discriminación alguna, ni la providencia apelada, que se encuentra totalmente apegada a la ley se opone a la C P ni a convenios internacionales, y se itera luce acertada y apegada a nuestro ordenamiento jurídico.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto por 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

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA APELADA, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AVILIA MALDONADO MIRANDA VS MARIANELA ORJUELA CASTRO RAD N° 38 -2019-756-01

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de consulta en contra de la sentencia proferida el veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual se ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada de las pretensiones de la demanda y condenó en costas. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandada.

HECHOS

La señora **AVILIA MALDONADO MIRANDA** a través de apoderado instauró demanda ordinaria laboral, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 18 de octubre de 2019, que el contrato fue terminado sin justa causa, En consecuencia solicita

el pago de prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones, sanciones moratorias, indemnizaciones extra y ultra petita y costas del proceso.

Fundamenta sus pretensiones en que empezó a trabajar el 1 de febrero de 2011, para la señora ORJUELA CASTRO, como empleada del servicio domestico de 7 am a 4 pm, mediante contrato verbal y siendo su último salario $50.000 diarios, que no fue afiliada a seguridad social, que le pagaban semanalmente, que no le pagaron prestaciones ni vacaciones, que fue despedida sin justa causa el 18 de octubre de 2019. (Expediente Digital).

La demanda fue contestada mediante curador ad litem quien ni se opuso, pero tampoco aceptó las pretensiones y manifestó atenerse a lo probado. En cuanto a los hechos manifestó desconocerlos dada su condición de curador ad litem. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, no sanciones por no ser automáticas, compensación, pago, prescripción y genérica. (Expediente Digital).

Para llegar a esa decisión afirmó en síntesis el Juez: "….*revisado e expediente no hay prueba documental alguna que evidencie el vínculo ni tampoco se solicitó prueba testimonial que acreditara la actividad para deducir la actividad de la actora, en el lapso solicitado en la demanda. Se solicitó interrogatorio de parte de la demandada, pero como se encuentra representada por curador ad litem, no se pudo practicar y no hay efectos de confesión, pues hay ausencia total del demandado y jurisprudencialmente así se ha establecido. Por esa falta de prueba no se puede acceder a las pretensiones. Se refirió al art 23 del C S T, sobre los elementos del contrato, también a la presunción del art 24 del mismo ordenamiento, esto es la presunción del contrato, pero siempre que se pruebe el servicio en favor de otra persona para que opere la presunción. Afirma que no hay prueba de la prestación del servicio, menos de los extremos, ni de actividades en cuatro días a la semana y tampoco del pago y en este escenario no queda un camino distinto que ABSOLVER a la demandada de las pretensiones, pues no se puede hacer prueba del propio dicho y no basta afirmar que hay contrato para derivar su existencia pues se requiere mínimamente probar la actividad…*"

CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que la sentencia no fue apelada.

Desde ya advierte la Sala que el argumento del Juez de primera instancia es completamente acertado toda vez que no existe una sola prueba en el proceso que permita acreditar el primer elemento del contrato de trabajo.
Y es que tratándose de la existencia de contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y iii) el último de los elementos es el salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos estos tres elementos, señala el artículo 23 del CST, se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Teniendo en cuenta lo anterior y demostrado el primer elemento esencial del contrato, esto es la prestación del servicio, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 del CST, la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que, por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario y que es una ventaja probatoria para la parte demandante, sin que ello implique que esta relevado de toda carga al respecto, o como bien señaló el Juez que no se crea que puede hacer prueba de su dicho.

Atendiendo entonces a lo ya dicho, encontramos que como señaló el Juez ni aún la prestación del servicio en favor de la demandada fue demostrada; carga que se itera correspondía a la parte actora, y menos aún los extremos en que se desarrolló, por lo que en definitiva ante esta orfandad probatoria y en ejercicio de las reglas y principios que informan la carga de la prueba, debe concluir la Sala que se itera, al no existir prueba de la prestación personal del servicio en favor de la demandada, por el actor, en las condiciones propias y naturales a la existencia de una relación de carácter laboral, se impone CONFIRMAR la sentencia que se revisa en grado jurisdiccional de consulta; sin que sobre agregar que aun admitiendo que si se probó el primer elemento de contrato, tampoco hay prueba de los extremos en que se dice se desarrolló, conclusión a la que - tal y como se

itera nuevamente en forma acertada- llegó el Juez de primera instancia, por lo que se CONFIRMARA la sentencia en todas y cada una de sus partes; siendo además cierto que no hay lugar a declarar confesa a la pasiva dado que se encuentra representada por curador ad litem.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO:- CONFIRMAR la providencia revisada en consulta , por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO:- Sin COSTAS en este grado de jurisdicción.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 36-2019-606-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: HELDA ISABEL BALLÉN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 5 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

La señora HELDA ISABEL BALLÉN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se deje sin efectos la afiliación que realizara al RAIS por intermedio de Porvenir y se determine que continúa afiliada al RPM administrado por Colpensiones.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 2 de marzo de 1969, contando con 57 años de edad, que inició a cotizar al sistema general de

pensiones el 7 de abril de 1981, que cuenta con un total de 1610 semanas cotizadas al sistema general de pensiones y conforme reporte emitido por Porvenir S.A., en su CAI cuenta con un capital acumulado de $12.587.221, que dicho fondo elaboró proyección pensional el 8 de abril de 2019, estableciendo que su mesada pensional en la modalidad de retiro programado, ascendería a $828.116, teniendo derecho a una garantía de pensión mínima por no reunir el capital suficiente.

Que el último IBL reportado asciende a $2.334.224, por lo que en el RPM, tendía derecho a una pensión en cuantía de $1.614.064, que se trasladó al RAIS por intermedio de Colmena AFP hoy Porvenir S.A., el 1 de abril de 2004, oportunidad en la cual no recibió asesoría por parte del fondo en la que se le informara con claridad y precisión las consecuencias del cambio de régimen pensional en su caso particular, como tampoco las ventajas o desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, por lo que indica que dicho fondo violó los principios de buena y fe y transparencia al no dar una información clara, completa y especializadas respecto de las incidencias del traslado de régimen pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, y 8, 16 y 18 negó los No. 2, 12 y 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, falta de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al RPM, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, inobservancia del principio constitucional previsto en el artículo 48 de la CP.

Por su parte, PORVENIR S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 3, 4, 8, 15 y 17, manifestó no constarle los No. 2, 6, 7, 12, 16 y 18 y negó los demás. Propuso

las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *del traslado efectuado por la señora Helda Isabel Ballén Quintero, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de abril de 2004 a través de la AFP Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.*
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la AFP Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra.*
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante señora Helda Isabel Ballén*
> ***CUARTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción.*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el deber de información que recaía en cabeza de las AFP, se encontraba previsto desde la expedición de la ley 100 de 1993 la cual, en artículo 13 señalaba la posibilidad que tienen los afiliados de elegir de manera libre y voluntaria entre los regímenes del sistema pensional, para que el afiliado contara con el pleno conocimiento frente a las consecuencias de estar en uno u otro régimen; a partir de allí se había desarrollado dicho deber conforme las previsiones del artículo del Decreto 663 del 1993 conforme al cual, las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios la información de los servicios que prestan para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen y con ello se les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones en el mercado; obligación que se mantuvo en el artículo 23 de la ley 797 del 2003 y posteriormente en el literal c del artículo 3 de la ley 1328 en 2009, la que previó el principio de transparencia, consistente en brindar una información cierta suficiente y oportuna, atendiendo al papel de consumidor del afiliado, luego la ley 1748 del 2014, el Decreto 2479 de 2015

y la circular externa número 16 del 2016, en este último, la Superintendencia Financiera ordenó a las administradoras de pensiones suministrar a los afiliados interesados en realizar el traslado entre regímenes pensionales la asesoría tanto en ambos regímenes y al respecto la Corte Suprema de Justicia estuvo encaminada a declarar la nulidad de los traslados de régimen y así quedó establecido en sentencias proferidas desde el año 2008 y cuyo criterio se mantiene constituyendo doctrina probable, ha reiterado sobre el deber que les asiste a las administradoras de fondos de pensiones de brindar una información completa, comprensible, cierta así como demostrar que suministró la respectiva información, siendo deber de las AFP proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, que el engaño alegado por el afiliado, con indiferencia de si se era beneficiario del régimen de transición; no obstante en sentencia SL 1452 del 03/04/2019 la Sala precisó que ante la falta de información, procedía la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional.

Que la Corte en dicha línea jurisprudencial había puntualizado que no era necesario demostrar un perjuicio o menoscabo económico y la suscripción del formulario no era indicativo del suministro del deber de información, aunado a ello no era exigible al afiliado la demostración de vicios del consentimiento y la consecuencia de tal ineficacia, era la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado por la transgresión al deber de información que debía ser clara y veraz para sus afiliados al momento de la afiliación, no pudiéndose trasladar al afiliado el deber de probar que no recibió la información bajo estudio, carga que recaía sobre la AFP y para la data en que se dio el traslado de la demandante ya existía una obligación legal por parte de la AFP, no obstante en el trámite procesal el único medio probatorio que se allegó tendiente a demostrar el deber de información fue el formulario de afiliación y del interrogatorio de parte vertido por la demandante, quedaba claro que ella no conocía y no se le brindó una información clara y suficiente para que tuviese certeza sobre las consecuencias del traslado del régimen que estaba efectuando, ya que indicó que en dicha data el asesor le señaló que el ISS se iba a acabar y que en el RAIS podría obtener su pensión en un menor tiempo; sin embargo no se le explicaron de forma concienzuda las características del

RAIS ni las consecuencias de ese traslado del régimen, por ello la señora Helda no contaba con la suficiente información para que la decisión del traslado se hubiera hecho de una manera consciente, concluyéndose que Porvenir S.A., no había cumplido con la carga probatoria que le imponía el artículo 167 del CGP, habiendo lugar a declarar la ineficacia de traslado, ordenando a Porvenir S.A., a efectuar el traslado de todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante incluyendo cualquier emolumento que haya podido descontar por conceptos de gastos de administración, los que conforme la jurisprudencia al respecto, se debían devolver con cargo a sus propias utilidades pues desde el nacimiento el acto de traslado se tornó ineficaz.

Respecto de la excepción de prescripción señaló que la misma no operaba en estos casos, como lo había puesto de presente la CSJ entre otras en sentencia SL 1688 del 2019, en la que precisó que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional era imprescriptible como también lo era el derecho del ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.,** señaló que para la fecha en que se dio el traslado de la demandante, la única exigencia para la validez del traslado, era la suscripción del formulario de afiliación y si bien señalaba la Corte que el deber de información había existido desde siempre, el mismo había tenido un desarrollo legal y jurisprudencial de manera progresiva y se había incrementado a lo largo de los años las exigencias impuestas a todas las administradoras; sin embargo, no se había realizado el análisis de la norma aplicable para el 2004, ya que para dicha data, sólo se debían poner de presente las características de cada régimen, y las proyecciones pensionales y estudio del caso particular de la actora, obligaciones que habían nacido con posterioridad, que se debía dar valor probatorio al formulario de afiliación que expresaba la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS, que se había alegado la ineficacia por la inconformidad en el valor de la mesada pensional, lo que se encontraba plasmado desde los hechos de la demanda, circunstancia que no era suficiente para determinar una ineficacia de traslado y para dicha data, no era posible determinar si la demandante iba a acceder a una pensión,

siendo la finalidad del sistema general de pensiones proteger de las diferentes contingencias, situación que no implica que se reemplace el ingreso de la persona, como tampoco que se reciba en los dos regímenes la misma mesada pensional, ya que los mismos eran excluyentes y con diferentes formas de financiación.

Que al no conocerse a la fecha del traslado las condiciones en que se pensionaría la demandante, no se podía predicar que los fondos privados incumplen con su deber información cuando ello dependía de las administradoras sino de la normatividad vigente y en cuanto a la condena devolver los gastos destinados de administración resultaba contradictorio este tipo de condena por cuanto se declaraba la ineficacia y por lo tanto se pierden los efectos del traslado y por esa situación no puede verse condenado el fondo a devolver estos conceptos; ya que tampoco habría lugar a retornar si quiera los rendimientos generados por las gestiones realizadas por la AFP al predicarse el traslado inexistente lo que desconocía la igualdad y debía tenerse en cuenta que eran descuentos que se realizaron conforme autorización legal.

Por su parte **Colpensiones** recurrió señalando que el deber de información había venido variando con el tiempo y para el año 2004 cuando la demandante decidió trasladarse de régimen la Ley 100 hablaba de que esa elección fuera el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, siendo imposible para dicha data que los fondos de pensiones pudieran prever condiciones en las que sería pensionada la demandante ni proyecciones profesionales, pues no se podían determinar las condiciones en las que recibiría una pensión en el futuro si tendría el mismo IBC o si tendría o no la demandante beneficiarios factores que varían dependiendo de diversos factores, siendo válida su afiliación por virtud del formulario de afiliación que suscribió con Porvenir, el que fue firmado de manera consciente, libre y voluntaria sin ningún tipo de presión y en cumplimiento de la información que para el año 2004 se requería.

Aunado a ello, no podía dejarse de lado que conforme el precedente para estos casos reiterado por la CSJ, se debe estudiar las circunstancia de cada caso particular teniendo en cuenta que la demandante tampoco tenía una

expectativa legítima de pensionarse al momento de trasladarse y si bien para el año 2004, no se le pusieron de presente las características de cada régimen, ello quedó saneado con el paso del tiempo pues la demandante estuvo vinculada durante varios años en el RAIS, hasta quedar inmersa en la prohibición de traslado prevista en la ley 797 de 2003, luego sí tuvo tiempo de sobra para preocuparse por algo tan importante como lo era su futuro pensional o para enterarse de manera independiente sobre la manera como ella estaba construyendo su derecho pensional teniendo en cuenta que si se le indicó que el ISS se iba a acabar esto no ocurrió, ya que el RPM esa administrado por Colpensiones, debiéndose tener en cuenta las manifestaciones que realizó la demandante en su interrogatorio de parte en lo que tiene que ver con la conducta omisiva de informarse por voluntad propia sobre en los regímenes pensionales y la situación en particular respecto de su futuro pensional pues aún cuando Porvenir regrese todos los valores provenientes de la cuenta de individual, se ve afectada su situación financiera, ya que tendrá Colpensiones que reconocer la futura prestación, debiendo aplicarse la prohibición legal de trasladarse de régimen en aras de garantizar el principio de la sostenibilidad financiera y así lo había dicho reiterado la Corte Constitucional entre otras en sentencias SU 062 de 2010, de igual manera en sentencia SL373 de 2021 se moderó el criterio respecto de la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia y de retrotraer las cosas al estado anterior tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el RAIS, la que era aplicable para el caso de la demandante ya que no era posible cesar los efectos jurídicos y las operaciones, contratos y actos que ya involucran a terceros, lo que ocasionaría un déficit económico entre los actores del sistema general de pensiones, ya que conforme lo depositado en su CAI, supera o puede superar la garantía de pensión mínima y la pensión en el RPM, no se financia únicamente con las cotizaciones del afiliado como ocurre en el RAIS sino que pues es el estado que financia el valor necesario, subsidia un porcentaje de la futura prestación que hubiera podido consolidar la demandante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora HELDA BALLÉN, se circunscribe a dejar sin efectos la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Porvenir S.A., el 24 de febrero de 2004, como se verifica de copia del mismo aportada por esta demandada y por la parte demandante al plenario digital.

En este orden, sea lo primero señalar que como cuando en este caso se alega la falta al deber de información, lo peticionado se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, línea jurisprudencial que ha indicado en sentencias con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; entre muchas otras proferidas en estos asuntos que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas y conforme lo señalado en precedencia para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia

pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por las recurrentes también en alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Helda, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** al RAIS en el año 2004; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada en mención, AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al***

derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por las recurrentes, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP en mención, probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta. Lo anterior por cuanto el formulario suscrito por la demandante ante esta AFP no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la actora, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Aunado a lo anterior, dicho deber de información no se puede entender por suministrado con las afirmaciones de la demandante al absolver interrogatorio de parte, pues como lo indica la misma recurrente, de su dicho únicamente se puede establecer que le pusieron de presente las **ventajas** del RAIS, más no ninguna de las desventajas que le representaría su traslado

de régimen pensional, como tampoco el paralelo de pertenecer a dicho régimen o de permanecer en el RPM.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló alegó la omisión en el deber de información por parte de las administradoras a las cuales se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

> *En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones esbozado en alegaciones y recurso, según el cual, de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

De igual forma, no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguro, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre

otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

> *También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración*** *debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Porvenir, la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a ella como afiliada toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por estas, aunado a ello, dicho acto se encuentra afectado de ineficacia, razón por la cual, no nació a la vida jurídica y todos los actos que se realizaron con ocasión del mismo, corren la misma suerte.

De otra parte y si bien la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien

lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible,** y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, no se sanea con el paso del tiempo, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Ahora, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición o no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones para que esta acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

> *"(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo".*

De tal manera y contrario a lo afirmado por esta demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió, no siendo aplicable para el caso de la señora Helda, las consecuencias previstas en sentencia SL373 de 2021, como quiera que en dicha oportunidad la Sala Labora de la CSJ,

plasmó de manera clara que las mismas se derivaban de la calidad de pensionado del allí demandante y la actora no ostenta tal calidad.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2004**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia,** dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida, en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA ALEJANDRA GÓMEZ

DEMANDADO: FAMISANAR EPS

RADICADO: 11001 22 05 000 2022 00431 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Veintinueve (29) de julio de Dos Mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 6 de noviembre de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a FAMISANAR EPS reembolsar a la demandante la suma de $3.287.084.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que su hijo Juan David Murillo ingresó a urgencias de la Clínica de Occidente el 11 de julio de 2018, que para dicha data, se encontraba amparado por la póliza estudiantil de Compañía de Seguros Bolívar como estudiante de la Universidad de la Salle, que fue diagnosticado con neumonía y no tenía servicio médico por EPS, ya que a pesar de encontrarse afiliado por Famisanar S.A., el servicios de salud le había sido cancelado los primeros días de mayo de 2018 por haber cumplido 25 años, razón por la cual, procedió el 13 de julio de 2018 a afiliarlo por medio de UPC adicional, pagando el valor de la planilla el mismo día.

Indica que el 14 de julio de 2018, se le informó que la póliza estudiantil no tenía más cobertura, por lo que comunicó tal situación ante la Superintendencia de Salud y tal autoridad ordenó a la EPS accionada, activar la afiliación de su hijo conforme la novedad de UPC, que a pesar de

ello, el mismo día se dirigió ante la EPS y le indicaron que la afiliación aun no se encontraba registrada por lo que debía diligenciar otro formulario, a lo cual se negó por cuanto ya aparecía reporte de dicha afiliación ante la Superintendencia, que el 17 de julio acudió nuevamente a la EPS y en dicha oportunidad le dieron información en igual sentido, que la Clínica de Occidente, autorizó la salida de su hijo, no obstante hasta no estar activo el servicio o efectuar el pago de los servicios suministrados a su hijo, no se haría efectiva; razón por la cual, pidió un préstamo a un familiar.

Que efectuó el pago de $3.287.084 a favor de la clínica en mención y el 24 de julio de 2018, Famisanar le comunicó que la afiliación de su hijo se encontraba activo en dicha EPS desde el 13 de julio de 2018, lo que riñe con la realidad pues el servicio de salud nunca fue activado, que su hijo siempre se había encontrado afiliado a dicha EPS, que el 1 de agosto de 2018, solicitó el reembolso ante esa EPS de la suma por ella pagada, la que fue negada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 6 de noviembre de 2020, resolvió acceder a las súplicas de la demanda y condenó a la EPS accionada a pagar a favor de la demandante la suma de $3.287.084.

Como fundamento de su decisión, señaló que se había aportado formulario único de afiliación de Juan David Murillo que databa del 13 de julio del 2015 y el ingreso de él, a la Clínica de Occidente había tenido lugar el 15 de julio de 2018, de lo que se deducía que se encontraba afiliado a dicha EPS, para el momento en que requirió la atención de servicios en salud y ello coincidía con lo reportado en la base de datos de ADRES.

Aunado a lo anterior, el cuadro que presentaba el joven correspondía a una atención de urgencias, la que debía ser prestada de manera obligatoria y sin que mediara un contrato, por lo que no le asistía razón a la accionada en negar el reembolso deprecado bajo el argumento que la Clínica de Occidente nunca le informó sobre la atención médica brindada, ya que era claro que

la demandante le había hecho saber en varias ocasiones respecto de dicha atención.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la Eps accionada indicó que no incurrió en imposibilidad o negativa injustificada, negligencia demostrada en el suministro de los servicios de salud al hijo de la demandante, contrario sensu, garantizó el acceso a los servicios de salud de este.

CONSIDERACIONES

Es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) *"el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*".

A su turno, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, dispone:

> *"RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad*

*por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto***."**

Ahora bien en el presente caso, aduce la accionada que no incurrió en actuar negligente o dilatorio respecto de la atención de urgencias que se demostró fue suministrada al hijo de la demandante; no obstante ello, contrario a lo indicado por dicha EPS, se determinó en el trámite procesal de manera clara, que negó la atención en salud del joven Juan David Murillo, bajo el argumento de que su afiliación no estaba activa, a pesar de que se probó que el formulario de afiliación ante esta, se había radicado desde el 13 de julio de 2018 y de igual circunstancia dio cuenta la base de datos de afiliados compensados ADRES, que para dicha data, registraba al hijo de la actora como activo en el sistema de salud, a pesar de ello, le fue negado para el 19 de julio de 2018, cuando se dispuso su salida de la institución hospitalaria que lo atendió, aun cuando se itera, su afiliación se encontraba vigente como lo refirió esa misma EPS en comunicación dirigida a la aquí demandante el 18 de septiembre 2018, visible a folio 37 del plenario.

El anterior recuento lleva a determinar la omisión en que incurrió la demandada y máxime si se tiene en cuenta que como lo señaló la decisión bajo estudio, se trató de una atención en **urgencias,** la que no requería de ningún tipo de autorización previa emitida por la EPS o IPS, conforme lo señalado en precedencia, se **confirmará** la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL 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

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida el 6 de noviembre de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO