

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DORA DE JESÚS ÁLVAREZ PEÑA  
contra TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. y GOOD PEOPLE DEL  
CARIBE S.A.S. Rad. 2018–00015 01. Juz. 5º.**

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de octubre dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

#### SENTENCIA

DORA DE JESÚS ÁLVAREZ PEÑA demandó a TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. y a la sociedad GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 5 a 13, que por los extensas se concretan de la siguiente manera:

#### PRINCIPALES

- Se declare la unidad de empresa entre las demandadas
- Se declare con fundamento en la primacía de la realidad un contrato de trabajo desde el 2 de mayo de 2012 al 7 de diciembre de 2016 entre la demandante y la unidad de empresa
- Se declare que el auxilio extralegal de transporte y el auxilio de prima extralegal son salario para todos los efectos legales
- Se condene al pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social junto a los intereses moratorios, con todos los factores salariales.
- Se condene a la demandada al pago de la sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnizaciones contenidas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y artículo 65 del C.S.T. y la reliquidación de la indemnización por despido injusto.

#### PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

- Se declare un solo contrato de trabajo entre el 2 de mayo de 2012 y el 7 de diciembre de 2016.
- Que la sociedad GOLD PEOPLE DEL CARIBE SAS EN LIQUIDACIÓN actuó como simple intermediaria en la contratación

- Se condene a la sociedad TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. a pagar las prestaciones sociales y aportes a seguridad social con sus respectivos intereses.
- Se declare que el auxilio extralegal de transporte y el auxilio de prima extralegal son salario para todos los efectos legales.
- Tomar todos los anteriores factores salariales para que se condene al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social junto a los intereses moratorios.
- Se condene a la demandada al pago de la sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnizaciones contenidas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T. y reliquidación de la indemnización por despido injusto.

#### SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

- Se declare que la demandante fue vinculada mediante cuatro contratos de trabajo entre el 2 de mayo de 2012 y el 7 de diciembre de 2016
- Como consecuencia se condene al pago de las acreencias labores e indemnizaciones que se solicitaron en las anteriores pretensiones.
- La indexación
- Costas

Los hechos de la demanda (fl. 13 a 24) se describen y concretan a continuación: TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S predomina económicamente sobre la sociedad GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y su actividad económica es complementaria debido que GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S. le suministraba personal para la ejecución de sus actividades misionales. La demandante prestó sus servicios personales como analista de cartera desde el 2 de mayo de 2012 al 7 de diciembre de 2016 de manera continua; periodo durante el cual obedeció ordenes e instrucciones de los representantes de TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S., con un salario inicial de \$1.495.828,24 y posteriormente de \$1.695.828,24 en un horario de 8 am a 6 pm y los sábados de 9 am a 1 pm, por lo que debía estar conectada en todo momento pues inicialmente prestaba sus servicios desde su residencia y a partir del 25 de septiembre de 2014 desde las instalaciones de la sociedad TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.

Que durante el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2012 y el 25 de septiembre de 2013 no le pagaron las prestaciones sociales, vacaciones ni aportes a seguridad social. Del 26 de septiembre de 2013 al 25 de septiembre de 2014 la vinculación fue mediante GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS con contrato de obra o labor determinada, con un salario de \$1.895.828,24 hasta el 31 de julio de 2014 como trabajadora en misión en la compañía TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S., desempeñando el cargo de auxiliar de cartera, labor que no era ocasional o transitoria y percibió una remuneración fija mensual de \$620.000.

A partir del 10 de octubre de 2014 y hasta el 15 de marzo de 2015 fue vinculada por TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S mediante contrato a término fijo como auxiliar de cartera, con un salario de \$650.000 más comisiones mensuales. A partir del 16 de marzo de 2016 y hasta el 7 de diciembre de 2016 con contrato de trabajo a término indefinido como "asesor de contac center cartera", con el mismo salario más comisiones. El 7 de diciembre de 2016, la sociedad TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa

causa y pagó parcialmente sus acreencias laborales, pues no tuvo en cuenta como factor salarial el auxilio de transporte extralegal y el auxilio de prima extralegal y no suministró a la actora el pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad sobre los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes que lo certifiquen.

La parte actora presentó reforma de la demanda, la que fue admitida mediante auto del 20 de noviembre de 2018 (fl. 500). En audiencia del 6 de noviembre de 2019 desistió de la pretensión relacionada con la unidad de empresa, lo que igualmente fue aceptado en la misma oportunidad.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad el 2 de febrero de 2018 (fl 196), notificada la demanda y corrido el traslado respectivo, la parte pasiva contestó la demanda y la reforma de la siguiente manera:

#### **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S (fl. 296 a 317 y 484 a 502)**

- Se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias
- Aceptó la existencia de dos contratos de trabajo, el primero desde el 10 de octubre de 2014 al 15 de marzo de 2015 y el segundo desde el 16 de marzo de 2015 al 7 de diciembre de 2016 y negó los demás hechos.
- Propuso como excepciones previas las de prescripción, transacción y cosa juzgada y como excepciones de fondo las de falta de causa, inexistencia de unidad de empresa, inexistencia de las obligaciones, inexistencia de las obligaciones indemnizatorias, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y prescripción.

#### **GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S. en liquidación (fls. 223 a 244)**

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó la existencia de la vinculación laboral por el periodo comprendido entre el 26 de septiembre de 2013 y el 25 de septiembre de 2014 para desempeñar el cargo de auxiliar de cartera con un salario de \$620.000 que terminó por renuncia de la demandante. Negó los demás hechos.
- Propuso como excepción previa la de prescripción y como excepciones de fondo las de falta de causa, inexistencia de unidad de empresa, inexistencia de las obligaciones, inexistencia de las obligaciones indemnizatorias, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y prescripción.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 16 de febrero de 2021; en la cual declaró dos contratos de trabajo entre DORA DE JESÚS ÁLVAREZ PEÑA y TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S., entre el 2 de mayo de 2012 y el 25 de septiembre de 2013 y desde el 10 octubre 2014 al 7 de diciembre de 2016. Condenó a TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. a pagar a la señora DORA DE JESÚS ÁLVAREZ PEÑA las siguientes sumas y conceptos:

- \$1.839.025, por reliquidación de auxilio de cesantías.
- \$256.424, por reliquidación de intereses sobre las cesantías.
- \$2.291.855, por reliquidación de prima de servicios.
- \$827.715, por reliquidación de compensación en dinero de las vacaciones.

- \$1.015.722, por reliquidación de indemnización por despido injusto.
- \$15.620.738, por sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantías en forma completa de 2015.
- \$38.385.432, por la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por el periodo del 8 de diciembre de 2016 al 7 de diciembre de 2018. A partir del 8 de diciembre de 2018 los intereses moratorios sobre el capital de \$4.387.304 hasta que se haga efectivo el pago.
- Cálculo actuarial a favor de la trabajadora a la entidad de seguridad social a la que se encuentre afiliada por el periodo del 2 de mayo de 2012 al 25 de septiembre de 2013, teniendo en cuenta un IBL de \$808.438.
- Reliquidación de aportes al sistema de seguridad social en pensiones a la entidad a la que se encuentre afiliada la demandante por el periodo del 16 de marzo de 2015 al 7 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta como IBC el salario de \$1.634.716 para 2015 y \$1.599.393 para 2016, junto con los intereses moratorios a satisfacción de la entidad de seguridad social.

Absolvió a la demandada TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. de las demás pretensiones, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de la vinculación inicial, excepto para los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y parcialmente la de compensación respecto de los rubros cancelados. Absolvió a la demandada GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S. EN LIQUIDACIÓN de todas las pretensiones y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación. Condenó en costas a la demandante en favor de GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y a TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. en favor de la demandante.

Llegó a esta determinación porque concluyó que hubo dos contratos de la demandante con TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.; toda vez que inicialmente prestó sus servicios como auxiliar de cartera, para lo que presumió el contrato de trabajo por haber acreditado la prestación del servicio y que en este caso la parte demandada no desvirtuó esta presunción conforme a la prueba testimonial. En cuanto a GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS señaló que estaba autorizada para ejercer como EST por el Ministerio de Trabajo y en virtud de ello tuvo la vinculación con la actora en calidad de trabajadora en misión, pero respecto a las condenas solicitadas resaltó que los derechos laborales fueron cancelados oportunamente por esta demandada por el periodo en que estuvo vinculada. No declaró la continuidad en la prestación del servicio entre las demandadas; pues el contrato cumplió el término permitido y la vinculación finalizó sin que se utilizara otra figura, por lo que la absolvió de todas las pretensiones. En cuanto a la demandada TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. consideró que el pacto de exclusión salarial no cumplía con los requisitos exigidos para ello, conforme a la jurisprudencia. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de la primera relación laboral, salvo respecto de los aportes a seguridad social. En relación con la adición de la sentencia solicitada por la parte actora dijo que la indemnización moratoria sobre los aportes a seguridad social no es procedente, ya que lo que corresponde es la figura del cálculo actuarial y en cuanto a los aportes en salud, no deben ser objeto de condena sino en los eventos en que se demuestre que por falta de afiliación tuvo que invertir dinero de su propio peculio para cubrir la prestación de salud, lo que no se demostró en el proceso.

## **APELACIÓN.**

**Parte actora.**- Interpuso recurso de apelación en relación a la declaratoria de un solo contrato de trabajo y en cuanto a la condena a la indemnización moratoria por falta de pago de aportes a seguridad social sobre los contratos que se declararon, para lo que manifestó que si bien es cierto, prestó sus servicios por el periodo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las labores no eran por incremento en la producción, ni licencias o vacaciones, por lo que no cumplía con las exigencias de la ley, ya que la demandante siempre cumplió las mismas funciones, por lo que considera que se debe declarar una sola relación laboral como trabajadora de la empresa usuaria desde el 2 de mayo de 2012 hasta el 7 de diciembre de 2016. En cuanto a la prescripción, indicó que, al declararse una sola relación laboral, no estarían prescritas las cesantías y procede la indemnización moratoria desde el 15 de febrero de 2013, sin tener en cuenta las cesantías pagadas por la EST pues este fue un pago por un periodo intermedio. En relación con la indemnización moratoria por falta de pago de aportes a seguridad social hubo mala fe del empleador y en cuanto al pago de los aportes a seguridad social en salud porque se afecta el equilibrio financiero y la solidaridad del sistema.

En caso que se declare que hubo dos contratos de trabajo se debe ordenar el pago de la indemnización moratoria por la falta de pago de aportes a seguridad social. Por el primer contrato se debe condenar al pago de la indemnización e intereses moratorios, porque no se oponen entre sí y respecto a que se debe pagar la moratoria por un día de salario hasta el momento del pago de las acreencias y no reconocer intereses moratorios a partir del mes 25 conforme a la sentencia C-781 de 2003, que debe ser acogida por todos los jueces.

**Parte demandada.** - **TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS** interpuso recurso de apelación respecto a todas las condenas impuestas. Alegó que por ser pasadas las 10 de la noche (10:48 pm) no le es posible establecer los diversos errores, además de no conocer la liquidación que efectuó el juzgado. La demandante aceptó que realizó una actividad remota en el año 2012 que para ese momento no era contrato de trabajo, pues la situación era diferente a lo que sucede hoy en día por causa de la pandemia y lo que entonces se pagaba eran cuentas de cobro por comisiones por cobranza conforme a los testimonios. En cuanto a los aportes a seguridad social, no se indicó de donde se tomó el valor para el IBC sino que se condenó sobre el promedio de lo devengado en el último año, cuando estos aportes se pagan sobre lo que se devenga cada mes. En relación con el segundo contrato de trabajo recalca la valoración de la prueba, pues advierte que hubo diferencia en las labores realizadas por la actora respecto del contrato anterior, pues las responsabilidades eran distintas y por tanto el periodo no era continuo, sino que se dio por terminado un contrato y se transaron los derechos discutibles y posteriormente se suscribió un nuevo contrato con otras funciones. Que los pagos de otros factores no eran habituales y conforme al artículo 128 del C.S.T., no eran factor salarial pues no retribuían el servicio conforme a la sentencia SL-4387/18. Insiste en los errores aritméticos de la sentencia que por lo avanzado de la hora no puede especificar, pero que se deben a que no se tuvo en cuenta lo pagado por cesantía en la primera liquidación ni en la liquidación final, según los comprobantes de pago de cesantías al fondo y lo mismo respecto a las primas de servicios y vacaciones canceladas a la demandante.

Respecto a las indemnizaciones no son procedentes por cuanto las diferencias se debían a los factores salariales que no lo eran, ni hubo mala fe de parte de la demandada. Además, se confundió el promedio de salario con el IBC y no podían

imponerse condenas con un mismo IBC para todos los meses, pues este debe ser determinado de manera mensual. Como no se le compartió la liquidación efectuada por el juzgado para imponer las condenas, no le es posible establecer claramente los errores.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Manifiesta que de antaño ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que si el contrato comercial celebrado entre la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria, no tiene como objeto desarrollar las actividades establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la primera pasa a ser un intermediario que responde solidariamente y la segunda adquiere la calidad de empleador, porque la vinculación de trabajadores en misión tiene como objetivo la prestación de servicios transitorios a la empresa usuaria o por razones excepcionales. Considera que hay un solo contrato de trabajo desde el 2 de mayo de 2012 al 7 de diciembre de 2016, por cuanto las interrupciones cortas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales. Los pactos de exclusión salarial no pueden quitar carácter salarial a emolumentos que por ley son salario, como las comisiones y auxilios extralegales que superan las sumas que recibe el trabajador por concepto de salario, conducta de mala fe del empleador

En cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.; de existir dos interpretaciones razonables sobre el mismo asunto, el juez laboral, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de in dubio pro-operario o favorabilidad interpretativa, está en la obligación de aplicar la interpretación más favorable. En este caso la interpretación más favorable es la de la Corte Constitucional.

**Parte demandada:** TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S., manifiesta que nada se dijo, pues no se planteó como pretensión, la validez del acuerdo transaccional que consta en documento del 15 de marzo de 2015 que reposa en el expediente, al que la sentencia de primera instancia restó validez y los efectos jurídicos que le da el artículo 15 del Código Sustantivo de Trabajo, al descartarlo de plano bajo la tesis de que fue celebrado el día antes de la firma de un nuevo contrato de trabajo, sin declarar la nulidad o ineficacia del acuerdo transaccional por el que TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S., le pagó a la demandante una bonificación transaccional por valor de \$400.000 que declaró recibida a entera satisfacción, por lo que el contrato de trabajo que inició el 10 de octubre de 2014 finalizó de mutuo acuerdo.

Que la primera instancia consideró que el auxilio de transporte extralegal que pagó a la demandante tenía carácter salarial, porque el pago de aquel debía ser destinado al transporte para realizar cobros y que solamente puede ser utilizado en la gestión del empleado. Reitera que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, para lo que cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- SL4386-2018.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

**Parte actora.**- Interpuso recurso de apelación en primer lugar para que se declare un solo contrato de trabajo, y en segundo lugar cuanto a condena a la indemnización moratoria por falta de pago de aportes a seguridad social sobre los contratos que se declararon, para lo que manifiesta que si bien es cierto, prestó sus servicios por el periodo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las labores no eran por incremento en la producción, ni licencias o vacaciones, por lo que no cumplía con las exigencias de la ley, ya que la demandante cumplió siempre las mismas funciones, por lo que considera que se debe declarar una sola relación laboral como trabajadora de la empresa usuaria desde el 2 de mayo de 2012 hasta el 7 de diciembre de 2016. En cuanto a la prescripción, indicó que al declararse una sola relación laboral, no estarían prescritas las cesantías y procede la indemnización moratoria desde el 15 de febrero de 2013, sin tener en cuenta las cesantías pagadas por la GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS pues este fue un pago por un periodo intermedio. En relación con la indemnización moratoria por falta de pago de aportes a seguridad social hubo mala fe del empleador y en cuanto al pago de los aportes a seguridad social en salud porque se afecta el equilibrio financiero y la solidaridad del sistema.

En subsidio, en caso de que se mantengan los dos contratos de trabajo; se ordene el pago de la indemnización moratoria por la falta de pago de aportes a seguridad social, el pago de intereses moratorios y el pago de un día de salario por cada día de retardo hasta el momento del pago de las acreencias y no hasta el mes 25.

**Parte demandada.** - TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS interpuso recurso de apelación respecto a todas las condenas impuestas por considerar que no se tuvieron en cuenta los pagos efectuados, la inexistencia de los contratos de trabajo declarados, el pago de aportes a seguridad social ordenados, los pagos no constitutivos de factor salarial, los errores aritméticos en las liquidaciones efectuadas en la sentencia y respecto a las indemnizaciones. Además, advierte que se confundió el promedio de salario con el IBC.

**Números de contratos de trabajo y sus extremos.** - Las partes manifestaron su inconformidad con lo dispuesto en la sentencia de primera instancia al respecto, por lo que para resolver se tendrán en cuenta los argumentos de la apelación de la demandante y de TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS.

Respecto de la vinculación de la demandante con GOLD PEOPLE CARIBE S.A.S obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

- A folio 245 contrato de trabajo por obra o labor entre la demandante y GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S, con fecha de inicio el 26 de septiembre de 2013 para desempeñar el cargo de "auxiliar de cartera" con un salario de \$600.000 sin indicar comisiones, y como trabajadora en misión para la empresa usuaria TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.
- Comprobantes de nómina pagados por GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS entre septiembre de 2013 y septiembre de 2014 (fl. 253 a 265)

- Renuncia al cargo de "auxiliar de cartera" presentada el 17 de octubre de 2015 y a partir del 25 de septiembre de 2014 (fl. 270)
- Liquidación final de prestaciones sociales de fecha 17 de octubre de 2014 por el periodo laborado con GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS. (fl. 171)
- A folio 130 obra la liquidación del contrato de trabajo entre la demandante y GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S. que tiene como fecha de ingreso el 26 de septiembre de 2013 y de terminación el 25 de septiembre de 2014, cargo desempeñado "auxiliar de cartera", terminación por retiro voluntario y un sueldo básico de \$620.000 más comisiones, con firma de recibido de la demandante.
- Certificaciones expedidas por GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S de fechas 25 de mayo y 12 de noviembre de 2015, conforme a las cuales la demandante le prestó sus servicios desde el 26 de septiembre de 2013 al 25 de septiembre de 2014 mediante contrato de obra o labor con un salario de \$620.000 y un promedio de comisiones mensuales de \$887.303 como trabajadora en misión para la compañía TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS en el cargo de "auxiliar de cartera". (fl.158 y 159)
- Folios 132 y 133 comprobantes de nómina cancelados por GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S. por el mes de agosto de 2014

Respecto de la vinculación con TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS, se observan las siguientes pruebas documentales:

- A folio 166 certificación expedida por la Directora de Contabilidad de TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S de fecha 30 de mayo de 2015 mediante la cual refrenda que la demandante mantuvo contrato de prestación de servicios entre el 2 de mayo de 2012 y el 25 de septiembre de 2013 devengando comisiones con promedio mensual de \$808.438.
- Certificación de los pagos por comisiones devengadas por la actora desde junio de 2012 a septiembre de 2013. (fl.415)
- Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (fl. 337) entre la demandante y TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS, con fecha de inicio el 10 de octubre de 2014 y de terminación el 9 de febrero de 2015 para desempeñar el cargo de "auxiliar de cartera" con un salario de \$620.000, afiliación a COMPENSAR y a la ARL SEGUROS BOLÍVAR S.A. (fls. 346 y 347)
- Contrato de transacción (fl. 348 a 351) respecto del anterior contrato que fue terminado por acuerdo el 15 de marzo de 2015 por el cargo de "auxiliar de cartera" en la que le cancelan las prestaciones correspondientes y una bonificación por derechos inciertos y discutibles (fl. 351)
- Nominas canceladas a la demandante durante esta vinculación fl. 357 a 363
- Contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. con fecha de inicio el 16 de marzo de 2015 para desempeñar el cargo de "asesor Contac center" con un salario de \$650.000 y un salario variable consistente en comisiones liquidadas mensualmente y en la cláusula 7ª señala como beneficios no salariales entre otros el "auxilio extralegal de transporte y primas extralegales". Otrosí al contrato respecto de las fórmulas, porcentajes y pago de comisiones el 1º de septiembre de 2016. (fl. 70 a 78 y 365 a 374) anexo contentivo de las funciones a desempeñar y las vinculaciones a riesgos laborales (fl. 375)
- Carta de terminación del contrato sin justa causa (fl.376) a partir del 7 de diciembre de 2016 y liquidación final de prestaciones sociales (fl. 377)
- Nóminas de este periodo a folios 391 y siguientes.
- Liquidación final del contrato de trabajo anterior por el periodo 16 de marzo de 2015 al 07 de diciembre de 2016 aportado por la demandante (fl. 131)

- A folios 134 y siguientes las nóminas canceladas por TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS entre 2014 y 2015.
- Carta de terminación del contrato de trabajo sin justa causa por parte de TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. de fecha 7 de diciembre de 2016 (fl. 157)
- Certificaciones expedidas por TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS el 25 de mayo de 2015 y el 15 de diciembre de 2014 y el 9 de marzo de 2015, conforme a las cuales la actora laboró desde el 10 de octubre de 2014 al 15 de marzo de 2015 con contrato a término fijo en el cargo de "Auxiliar de cartera" con un salario básico de \$650.000 y comisiones promedio mensuales de \$1.255.588 (fl. 161 y 167), \$882.021 (fl. 164) y \$1.031.088 (fl. 165 y 356)
- Certificaciones expedidas por TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS el 25 de mayo y 13 de abril y el 12 de noviembre de 2015, que acredita que la demandante estuvo vinculada desde el 16 de marzo de 2015 al 7 de diciembre de 2016 con contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de "Asesor Contac center cartera" con un sueldo de \$650.000 y un promedio de comisiones mensuales de \$326.062. (fl. 162 y 163) comisiones promedio de \$389.778 y auxilio extralegal no salarial de \$606.519 (fl. 168 y 169)

El representante legal de GOLD PEOPLE DEL CARIBE SAS informó en el interrogatorio de parte que entre el 26 de septiembre de 2013 y el 25 de septiembre de 2014, dentro de las funciones de la demandante estaba generar recaudo mensual de las reservas realizadas por clientes a través de los canales de venta de la demandada; hacer seguimientos a los compromisos de pago de los clientes de la usuaria TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS, cumplir con el presupuesto establecido por la dirección de cal center de TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS en las instalaciones de la usuaria.

Por otra parte, el representante legal de TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS, respondió en el interrogatorio de parte que entre el 2 de mayo de 2012 al 25 de setiembre de 2013, la demandante prestaba sus servicios en Bogotá como gestora de recaudo para el cobro de cartera y contactar a los clientes (únicamente turistas) para recordarles el pago, por lo que recibía comisiones por este concepto, pero prestaba sus servicios de manera remota y presentaba cuentas de cobro para el pago de las comisiones. No aportaron el contrato de prestación de servicios porque tercerizaron el archivo y no se pudieron encontrar sino los registros contables de los pagos por comisiones. Entre el 10 de octubre de 2014 y la finalización de la vinculación hubo varios contratos y las funciones en principio eran de auxiliar de cartera, contacto telefónico con clientes para recordarles el pago y posteriormente tuvo funciones diferentes. El auxiliar de cartera hace la gestión de contactar a los clientes para los pagos y que el asesor de Contac center también debe prestar asesoría a los clientes, suministrando información del producto, reservas, compra y venta de servicios y tenían diferentes indicadores de acuerdo con la actividad realizada para las comisiones e incluso tenían auxilios extralegales destinados a movilización y primas extralegales en junio y diciembre, mientras que en el primer contrato era solo como auxiliar de cartera. Se le puso de presente el folio 144 respecto a que el auxilio de transporte superaba el salario básico a lo que aclaró que se generaban estos pagos mes a mes de acuerdo con los reportes que se presentaban por las gestiones que hiciera la trabajadora, según los desplazamientos que realizara y que entre marzo de 2015 y diciembre de 2016 no tiene registros de esos desplazamientos y el pago del auxilio de transporte se hizo para el desplazamiento de su hogar al lugar de trabajo. En la segunda vinculación se

revisaba el reporte sobre el auxilio de movilización por el jefe directo de acuerdo con la gestión y otros indicadores. Los pagos se hacían por transferencia bancaria.

La demandante DORA ÁLVAREZ manifestó en el interrogatorio que entre 2012 y 2013 prestó sus servicios para TOUR VACATION desde Bogotá de manera remota y se conectaba a través de un programa que le instaló la compañía, hacia el reporte de las llamadas del día por el chat del programa e informaba por un correo habilitado a José Andrés Escobar. Respecto al periodo en que se desempeñó como auxiliar de cartera dice que gestionaba la base de datos, contactaba a través de teléfono para compromisos de pago y hacía el reporte de lo que se recaudaba. Tenía un horario normal de trabajo. En relación con las diferencias entre los dos cargos precisó que no existía ninguna. Desde que inició a trabajar en la oficina no fue a bases o sedes en otras ciudades para visitar clientes ni salió de la oficina. El 15 de marzo de 2015 los reunieron y les dijeron que a partir de ese momento el contrato cambiaba y firmaron un nuevo contrato contra su voluntad y a partir de ahí empezó a aparecer el pago de auxilio de transporte, que dependía del valor de la comisión y por eso era variable ya que el 40% era no prestacional y el 60% si era prestacional. Respecto al contrato con GOLD PEOPLE DEL CARIBE SAS dijo que estuvo con esa empresa conforme al contrato aportado, siempre prestando el servicio para TOUR VACATION DEL CARIBE SAS y que le dijeron que firmara la renuncia y que se reintegraba en 15 días para firmar un nuevo contrato. Para el pago de los aportes a seguridad se tomaba en cuenta el salario y las comisiones. Celebró contrato con TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS a término fijo el 10 de octubre de 2014 para desempeñar el cargo de auxiliar de cartera el cual terminó por transacción y se le pagaron los derechos inciertos e indiscutibles por \$400.000 y a partir de allí inició un nuevo contrato. No aceptó lo que se pactó respecto a que no eran factor salarial los pagos de auxilio de transporte y primas extralegales. En relación con el folio 415 indicó que en abril de 2013 solo aparece comisión porque entró de manera presencial en mayo de 2013 cumpliendo horario. Antes le tocaba ir semanal para consolidar lo trabajado desde la casa. Tenía un contrato de corretaje y devengaba comisión.

La testigo CAMILA MORA manifestó que conoció a la demandante en TOUR VACATION en el 2014. La declarante ingresó el 9 de septiembre del mismo año como asesora de cartera y desde hace 2 años es jefe del departamento de recaudo. En diciembre de 2016 era asesora de recaudo y como pasante fue trabajadora en misión con GOLD PEOPLE por 6 meses. No sabe el cargo que tenía la demandante, pero ella manejaba los cobros de los planes vacacionales de la compañía en las oficinas de Chapinero. No recuerda el tiempo exacto, ni le consta que hiciera otras funciones. Los auxiliares de cartera organizaban el cobro de los planes vacacionales pendientes por cobrar y el asesor de contac center debe hacer la comunicación directa con los pasajeros vía telefónica, el cumplimiento de indicadores de recaudo y de calidad, así como el seguimiento a los pagos de los clientes. La diferencia entre los dos cargos era que el asesor de contac center va ligado a unos indicadores de calidad, unos monitoreos en línea y un sistema de grabaciones monitoreadas y como auxiliar de cartera no. Desconoce a qué área pertenecía la demandante aunque tenían el mismo jefe que era Andrés Escobar, Jefe de Recaudo.

La testigo CONCEPCIÓN DÍAZ REAL es Directora de Contabilidad de TOUR VACATION desde mayo de 2012 y sabe que la demandante prestó servicios como asesora de cartera conforme a los registros contables y la certificación que ella firmó (fl. 166). Que son cuentas independientes a las de nómina y que quien le solicitó la certificación fue el esposo de la demandante que también laboraba en la empresa.

No tuvo a la mano el contrato de prestación de servicios. Respecto al auxilio extralegal de transporte dice que no le consta porque no tiene relación con las nóminas ya que eso le corresponde al área de gestión humana. No recuerda haber visto a la demandante en el área de cartera ya que ella no tenía contacto con las personas que comisionaban (asesores comerciales vinculados por contrato de corretaje) y que después separaron las áreas de contabilidad y cartera y que han tenido diferentes sedes. Solo conoce de ella por el esposo.

MANUELA GUARDO TORRES compañera de trabajo (2015-2017) de la demandante en TOUR VACATION y con GODD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S, también demandó a las mencionadas empresas, con las mismas pretensiones y con el mismo apoderado, por lo que se presentó tacha de sospecha en su contra. Dijo que las funciones de la demandante era recaudo, seguimiento de clientes, cumplir con una meta de recaudo para generar la comisión, llamar a toda la base y hacer barrido (seguimiento) y fueron las mismas entre 2015 a 2017, cumplía sus funciones en la oficina en el horario normal y no se desplazaba a ninguna parte. Sobre las primas extralegales de junio y diciembre dijo que no le constaba. A todos les cambiaron el salario porque las comisiones ya no eran prestacionales en la totalidad de lo generado, lo que implicó un desmejoramiento; eso se hizo de manera pública para todos en una reunión de la empresa, donde se hacía un cambio de contrato respecto a que no todo iba a ser factor prestacional para todo el departamento y que cuando estaban tomados les dijeron el cambio de contrato, pero que la demandante no estaba en estado de alicoramiento y les dijeron que los que no estuvieran de acuerdo se podían ir (Juan Gerardo Martínez representante en ese momento). No vio los contratos o acuerdos que suscribió la demandante o que ella firmara, pero el cambio fue para todos ya que venían con contratos con Good People y que tenían el 100% de las comisiones con carácter prestacional y después ya no era el 100% prestacional. No tiene conocimiento de los montos que se pagaban a la demandante, pero sí que se pagaban comisiones a todos. Renunció en enero de 2018 lo que corrige para decir que fue en enero del 2017.

LUZ MILA HERRERA MEDINA fue compañera de trabajo de la demandante y estuvo vinculada desde **mayo de 2013 hasta febrero de 2014** en TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS, **vinculada mediante contrato de corretaje** y que después laboró con GODD PEOPLE DEL CARIBE SAS, y cuando la conoció **hacia labor de cobranza de cartera en casa, se reportaba 2 veces por semana**, la supervisora que era Paula Andrea Casas López, después **laboró en el área de cartera con la temporal Good People**, aunque no vio documentos. No le consta el pago de las primas ni el auxilio extralegal de transporte o los pagos a la demandante. Las funciones en TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS eran cobranza, seguimiento a clientes y cumplir metas de lo que dependía el pago de comisión. El jefe era Hernán Galvis quien daba las órdenes.

WILSON JAVIER FIQUE, compañero de trabajo de la demandante en TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS desde mayo de 2013, era analista financiero en la empresa, vinculado por GODD PEOPLE (1 año), después con TOUR VACATION y luego laboró con CONTINENTAL VOYAGE. Terminó la vinculación por renuncia en septiembre de 2016. Se presentó tacha de sospecha debido a una denuncia penal presentada por la empresa en su contra, cuya existencia fue aceptada por el declarante. Él era quien liquidaba las comisiones y pasaba la comunicación a recursos humanos previa autorización de la presidencia. Relató que **se hizo un estudio y para aumentar el recaudo se conformó un equipo de cartera con**

**8 o 10 personas y ahí tuvo conocimiento de que la demandante pasaba cuentas de cobro.** No le consta el pago de auxilio de transporte, pero era el encargado de hacer el acumulativo entre el salario y las comisiones por recaudo de cartera. Se hizo un cambio de contrato y en ese cambio se fraccionaba el total de la remuneración entre el 60% prestacional y el 40% factor no prestacional y se enviaba a recursos humanos, aunque él no era el encargado de aplicarlo. Si no devengaba comisión se le pagaba el salario mínimo; eso era decisión de la Vicepresidencia ejecutiva y financiera y el departamento de Recursos Humanos. Recuerda que se hizo un cambio de contratación al personal de ventas en una convención en la ciudad de Girardot.

De las pruebas antes mencionadas se puede concluir que la demandante tuvo las siguientes vinculaciones con las demandadas; de la siguiente manera:

- Del 2 de mayo de 2012 al 25 de septiembre de 2013 mediante contrato de prestación de servicios (contrato de corretaje) con TOUR VACATION, según los testimonios y la misma declaración de la actora, durante el cual devengó únicamente comisiones, acorde con la certificación aportada al proceso, periodo durante el cual ejercía sus funciones de analista de cartera desde casa, rendía informes semanales y presentaba cuentas de cobro a la empresa.
- Del 26 de septiembre de 2013 al 25 de septiembre de 2014 mediante contrato de obra o labor suscrito con GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A.S. como auxiliar de cartera con un salario de \$620.000 más comisiones como trabajadora en misión en TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS, que terminó por renuncia de la trabajadora (fl.270) contrario a lo indicado en el interrogatorio de parte y laboró hasta el 25 de septiembre de 2014 y se canceló la liquidación correspondiente (fl.271), donde se incluyeron 15 días de vacaciones, contrario a lo indicado por la demandante.
- Desde el 26 de septiembre de 2014 hasta el 15 de marzo de 2015 mediante contrato de trabajo a término fijo suscrito con TOUR VACATION en el cargo de auxiliar de cartera con un salario de \$620.000 más comisiones que terminó por transacción con el pago de la bonificación por derechos inciertos y discutibles.
- A partir del 16 de marzo de 2015 suscribió con TOUR VACATION un contrato a término indefinido hasta el 7 de diciembre de 2016 como asesora Contac center, con un salario de \$650.000 más comisiones que terminó por decisión unilateral del empleador, con el pago de la correspondiente indemnización.

Es de tener en cuenta que los testigos no podían dar fe por su propio conocimiento sobre la relación laboral de la demandante entre el 2 de mayo de 2012 y el 25 de septiembre de 2013, aunque manifestaron haber sido compañeros de labor, pues fueron vinculados en mayo de 2013, por lo que solo pueden dar fe de los que conocieron con posterioridad, por lo que se entiende que sus testimonios se refieren a lo sucedido con posterioridad al mes de mayo de 2013. La testigo LUZ MILA HERRERA MEDINA manifestó que la demandante fue vincula con contrato de corretaje y hacía labor de cobranza desde casa, se reportaba 2 veces por semana y su pago dependía de la comisión. Por su parte el señor WILSON JAVIER FIQUE, también vinculado en mayo de 2013, no conoció a la demandante, solo tuvo conocimiento que ella pasaba cuentas de cobro y **que en la empresa se hizo un estudio para aumentar el recaudo de cartera y se vinculó a estas personas**, lo que es acorde con lo manifestado por la Directora de contabilidad CONCEPCIÓN DÍAZ, quien tampoco conoció a la demandante, pero manifiesta que expidió la certificación que obra en el proceso, conforme a los comprobantes de pago de

comisiones existentes en la empresa, lo que permite concluir que en efecto y DORA ÁLVAREZ estuvo vinculada como lo indicó la testigo LUZ MILA HERRERA y lo manifestó la demandante en el interrogatorio de parte, esto es, inicialmente mediante un contrato de corretaje y posteriormente se vinculó con GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS como auxiliar de cartera, prestando sus servicios a las oficinas de TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS, lo que desvirtúa la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T. respecto a la existencia de una relación laboral, toda vez que la demandante **aceptó estar vinculada con contrato de corretaje, además que los testigos entraron a laborar en la empresa con posterioridad de casi un año después e incluso no la conocieron hasta que ella se vinculó por medio de GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS.** Ella solo rendía informes y devengaba comisiones por el recaudo de cartera, pero no percibía un salario como contraprestación del servicio.

Ahora, respecto al periodo comprendido entre el 26 de septiembre de 2013 y 25 de septiembre de 2014, la demandante prestó sus servicios como trabajadora en misión, vinculada mediante contrato de trabajo por obra o labor con GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS por el tiempo permitido en la ley y acorde con el testimonio del señor WILSON JAVIER FIQUE la usuaria TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS hizo un estudio y **para aumentar el recaudo se conformó un equipo de cartera con 8 o 10 personas,** lo cual se encuentra permitido dentro de la normatividad que regula la contratación de personal a través de empresas de servicios temporales como lo es GOOD PEOPLE DEL CARIBE S.A., pues se trataba de una labor transitoria como lo era el aumento del recaudo de cartera y una vez terminado este contrato y canceladas las prestaciones sociales correspondientes, la usuaria necesito de ese personal por lo que la vinculó directamente por contrato a término fijo, lo que es permitido por la ley, sin que ello implique la existencia de un contrato de trabajo con la empresa usuaria.

Por tales razones debe modificarse la decisión de primera instancia, para en su lugar declarar que está demostrado que entre el 2 de mayo de 2012 y el 25 de septiembre de 2013 no existió una relación laboral entre la demandante y TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS sino un contrato de prestación de servicios. Adicionalmente, se declarará que entre la demandante y las empresas demandadas existieron los siguientes contratos:

- 1.- Con GODD PEOPLE DEL CARIBE SAS desde el 26 de septiembre de 2013 al 25 de septiembre de 2014 que terminó por renuncia de la trabajadora (fl.270) con el pago de las prestaciones correspondientes el 17 de octubre de 2014 (fl. 171).
- 2.- Desde el 26 de septiembre de 2014 hasta el 15 de marzo de 2015 mediante contrato a término fijo, que terminó por transacción con el pago de las prestaciones y bonificación por derechos inciertos y discutibles, (fl. 351) respecto de la cual si bien la demandante y la testigo LUZ MILA HERRERA manifestaron que la transacción se dio en una reunión donde los trabajadores estaban bajo los efectos del alcohol, lo cierto es que la misma testigo manifestó que la demandante no estaba bajo estos efectos, por lo que lo pactado en el contrato de transacción tiene validez, ya que no se demostró causal ninguna para su nulidad.
- 3.- Del 16 de marzo de 2015 al 7 de diciembre de 2016 con TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS con contrato a término indefinido que terminó por decisión unilateral del empleador con el pago de prestaciones y una indemnización.

En relación con la actividad que realizaba la demandante; es claro que su función siempre fue el recaudo de cartera, pero bajo diferentes modalidades e incluso diferentes controles por parte de la empresa, sin que puede decirse que existió una sola vinculación laboral, pues como se indicó anteriormente, hubo varias vinculaciones que terminaron incluso por decisión de la misma demandante (renuncia) y por transacción o acuerdo entre las partes, por lo que no se declarará un solo contrato de trabajo como lo pretende la parte actora.

**Reliquidación de las prestaciones.** - TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS manifiesta su inconformidad respecto a todas las condenas impuestas por considerar no se tuvieron en cuenta los pagos efectuados por la empresa y que los de seguridad social no se pueden determinar sobre el promedio de lo devengado, porque la condena se debió a que se tuvo como factor salarial el auxilio de transporte. El recurrente insiste en que no constituían factor salarial y por parte de la demandante se impugna respecto a los aportes a seguridad social en salud y a que no se tenga en cuenta lo pagado por GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-5159 de 2018, ha indicado lo siguiente respecto a los pactos salariales:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que, pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

(...)

Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en

este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018).

Así las cosas, como por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, debía la parte demandada acreditar que el pago de auxilio extralegal de transporte obedeció a la necesidad de reconocer a la trabajadora un auxilio de transporte diferente del establecido en la ley, para que pueda considerarse que tenía una causa distinta a la prestación del servicio, carga que le correspondía al empleador por cuanto es quien se encuentra en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica del mencionado auxilio, conforme a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 12220- 2017.

Revisado el contrato que se suscribió el 15 de marzo de 2015 (fl. 364 y siguientes), en la cláusula séptima no se indicaron las circunstancias por las que se disponía dicho pago e incluso el representante legal en el interrogatorio de parte debió aclarar su dicho al respecto, para indicar que no tenía ningún soporte para justificar el pago y por el contrario, conforme al testimonio de WILSON JAVIER FIQUE, las comisiones se fraccionaban una parte como factor salarial y otra que no lo constituía, por lo que es claro que dicho auxilio era retributivo de las funciones asignadas a la trabajadora, ya que ella no se desplazaba sino de su hogar a la oficina y quedó claro que no visitaba clientes ni en esta ni en otras ciudades, por lo que no se demostró que el valor que se cancelaba mensualmente bajo el concepto de "auxilio extralegal de transporte" cumplía con esta finalidad y por el contrario en el referido contrato se niega incidencia salarial a ese concepto, cuando en realidad su causa inmediata era retribuir el servicio subordinado por concepto de comisiones. En consecuencia, la cláusula es ineficaz.

Es de resaltar que el concepto de "auxilio extralegal de transporte" solo se empezó a pagar cuando se suscribió el contrato a término indefinido, es decir, después del 15 de marzo de 2015, mientras que con anterioridad se incluía la totalidad de las comisiones como factor salarial, lo que se puede concluir de los comprobantes de nómina aportados al proceso. (fls. 392 y siguientes).

Por otra parte, la cuantía del "auxilio extralegal de transporte" superó en muchas ocasiones el salario básico que devengaba la trabajadora, razones por las cuales procede la reliquidación de las prestaciones sociales correspondientes al contrato vigente entre las partes entre el 15 de marzo de 2015 y el 7 de diciembre de 2016, pues fue dentro de este periodo que la demandada excluyó este porcentaje del factor salarial, por lo que se procede a revisar la condena impuesta, sin que para ello se tengan en cuenta los pagos efectuados en la liquidación del contrato de trabajo con GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS, ni en la transacción del contrato a término fijo suscrito con TOUR VACACION HOTELES AZUL SAS el 15 de marzo de 2015, toda vez que durante estos periodos no se canceló el "auxilio extralegal de transporte", conforme a las nóminas que obran en el expediente.

En consecuencia, le corresponde a TOUR VACACION HOTELES AZUL SAS efectuar el pago de los valores y conceptos por concepto de reliquidación de las prestaciones que le correspondían a la demandante por el periodo laborado entre el 16 de marzo al 7 de diciembre de 2016, para lo que se toma en cuenta el valor devengado por concepto de "auxilio extralegal de transporte", lo que arroja las siguientes diferencias, pendientes de pago:

- \$1.839.025, por reliquidación de auxilio de cesantías.
- \$256.424, por reliquidación de intereses sobre las cesantías.
- \$2.291.855, por reliquidación de prima de servicios.
- \$827.715, por reliquidación de compensación en dinero de las vacaciones.
- \$1.015.722, por reliquidación de indemnización por despido injusto.

Así las cosas, las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia por estos conceptos debe ser confirmada.

**Sanciones por mora.**- Ahora, en lo relacionado con las sanciones por mora, tanto en la consignación de las cesantías como en la liquidación de las prestaciones en forma completa, que fueron objeto de inconformidad por las partes; considera La Sala que no son procedentes, toda vez que tanto para la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como para la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S. del T., debe tenerse en cuenta la buena o mala fe en el actuar de la empleadora y en este caso, los pagos efectuados durante las relaciones laborales que existieron entre la demandante y TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS siempre fueron oportunos como se concluye de la documental aportada, pues se advierte no solo que los salarios y comisiones se pagaron oportunamente, sino que se cancelaron prontamente las prestaciones correspondientes a la transacción para la terminación del contrato a término fijo y las correspondientes a la liquidación final del último contrato.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que existe una justificación razonable para que la demandante cancelara un menor valor en la liquidación final de prestaciones sociales por el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2015 y el 7 de diciembre de 2016, que corresponde al periodo en que se canceló un menor valor en la liquidación final de prestaciones sociales, pues se reitera que en los periodos anteriores no devengó la demandante el "auxilio extralegal de transporte" sino que fue a partir del 16 de marzo de 2015 en que se suscribió el nuevo contrato, donde se pactó que se pagaría el auxilio extralegal de transporte y que no constituía factor salarial, por lo que existía una justificación razonable para que la empleadora considerara que no adeudaba a la actora otro valor, razón por la cual se revocarán las condenas impuestas por la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo y la indemnización moratoria.

**Indemnización por mora en pago de aportes a seguridad social.**- En igual sentido, no procede la condena solicitada por la parte actora respecto a la indemnización moratoria por las diferencias en los pagos a los aportes a seguridad social en pensiones, toda vez que para estos casos lo que procede es la reliquidación de los aportes sobre las diferencias entre lo cancelado y lo que percibía la demandante, conforme a la liquidación que para el efecto haga la entidad de seguridad social, la cual incluirá los intereses correspondientes, razón por la que no procede condena a la indemnización moratoria.

**Aportes a seguridad social en salud.**- En cuanto a los aportes a seguridad social en salud cuya condena solicita la parte demandante en su recurso, es necesario tener en cuenta en primer lugar que no se trata del pago total de los aportes, pues las demandadas efectuaron oportunamente los pagos correspondientes durante los periodos laborados por la demandante, razón por la que únicamente correspondería el pago de la diferencia respecto a los aportes a salud durante el periodo

comprendido entre el 16 de marzo de 2015 y el 7 de diciembre de 2016; sin embargo, tal y como lo señaló el A-quo, no es procedente esta condena, toda vez que la demandante estuvo cubierta en salud durante dicho periodo y no presentó o no probó que tuviera que efectuar gastos de su propio peculio para cubrir algún servicio de salud que no hubiera sido cubierto por la entidad de seguridad social a la que se encontraba afiliada.

**Cálculo actuarial.** - En cuanto al cálculo actuarial a que fue condenada la demandada TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS, se revocará toda vez que esta condena se impuso por el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2012 y el 25 de septiembre de 2013, respecto del cual no se declara probada la relación laboral, sino de un contrato de prestación de servicios.

**Reliquidación de aportes a seguridad social en pensiones.**- Corresponde a la demandada TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS cancelar la reliquidación que efectuó la entidad de seguridad social a la que se encuentre afiliada la demandante sobre las diferencias entre lo cotizado y lo realmente devengado mes a mes, por el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2015 y el 7 de diciembre de 2016 conforme a los comprobantes de nómina que obran a folios 141 a 156 y no desde el 2 de mayo de 2012, por cuanto no se declara la relación laboral desde esa fecha y tampoco sobre el promedio de lo devengado como lo dispuso la sentencia de primera instancia, por lo que en este aspecto se modificará la decisión de primera instancia, sin imponer condena al pago de intereses de mora sobre este concepto, pues se reitera que la entidad de seguridad social será quien realice la liquidación correspondiente a los valores adeudados y quien incluirá en la liquidación los intereses que correspondan conforme a la ley.

No es de recibo lo manifestado por la parte actora en su recurso de apelación en relación con la indemnización moratoria por falta de pago de aportes a seguridad social sobre los contratos que se declararon, ya que lo procedente es la reliquidación de los aportes con los intereses que liquide la entidad de seguridad social en pensiones. En cuanto a las prestaciones canceladas por GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS deben tenerse en cuenta, pues de lo contrario constituiría un doble pago, máxime cuando corresponden al efectuado por el tiempo que estuvo vinculada a esta demandada y que como se indicó anteriormente fue una labor prestada conforme a la Ley 50 de 1990.

De conformidad con lo expuesto, se **modificarán** los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia impugnada en el sentido de declarar que entre la demandante y las demandadas existieron los siguientes contratos laborales:

- 1.- Con GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS desde el 26 de septiembre de 2013 al 25 de septiembre de 2014.
- 2.- Con TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS desde el 26 de septiembre de 2014 hasta el 15 de marzo de 2015 mediante contrato a término fijo
- 3.- Del 16 de marzo de 2015 al 7 de diciembre de 2016 con TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS con contrato a término indefinido.

Confirmar parcialmente el ordinal segundo en cuanto a las condenas por concepto de reliquidación de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, reliquidación de la compensación en dinero por vacaciones y la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo y revocarla respecto

de la sanción por falta de consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., y respecto al Cálculo actuarial a favor de la demandante y a la entidad de seguridad social a la que se encuentre afiliada por el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2012 y el 25 de septiembre de 2013 por cuanto no se declara la relación laboral por dicho periodo. Modificar la condena respecto a la reliquidación de los aportes a seguridad social en pensiones entre el 16 de marzo de 2015 y el 7 de diciembre de 2016, para indicar que debe efectuarse sobre lo devengado en cada uno de los meses y no sobre el promedio del año como se indicó en el numeral 9 del ordinal segundo de la sentencia. Modificar el ordinal tercero en cuanto a no condenar a los aportes a seguridad social por el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2012 y el 25 de septiembre de 2012 por cuanto no se declara la existencia de la relación laboral. Se confirma en lo demás.

### **COSTAS**

Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

### **DECISIÓN**

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:

### **RESUELVE**

**PRIMERO. - MODIFICAR** los ordinales 1º, 2º y 3º de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de abril de 2021, en lo siguiente:

**MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO** en el sentido de declarar que entre las partes existieron tres diferentes contratos de trabajo:

- 1.- Con GOOD PEOPLE DEL CARIBE SAS desde el 26 de septiembre de 2013 al 25 de septiembre de 2014.
- 2.- Con TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS desde el 26 de septiembre de 2014 hasta el 15 de marzo de 2015 mediante contrato a término fijo.
- 3.- Del 16 de marzo de 2015 al 7 de diciembre de 2016 con TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS con contrato a término indefinido.

**MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la siguiente manera:**

**Revocar los numerales 6 y 7** respecto de la sanción contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. por los motivos expuestos en la parte motiva.

**Revocar el numeral 8** en el sentido de aclarar que no procede el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2012 y el 25 de septiembre de 2013 por cuanto no se declaró la relación laboral por este periodo.

**Modificar el numeral 9** en el sentido de indicar que la reliquidación de los aportes a seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2015 y el 7 de diciembre de 2016, se debe efectuar teniendo en cuenta los valores percibidos mes a mes, conforme a los comprobantes que obran a folios 141 a 156,

conforme a la liquidación que realice la entidad de seguridad social a la que se encuentre afiliada la actora.

**Confirmar los numerales 1, 2, 3, 4 y 5** del ordinal segundo, referentes a las condenas impuestas por concepto de reliquidación de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, reliquidación de la compensación en dinero por vacaciones y la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo.

**MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO** en cuanto a que se absuelve a TOUR VACATION HOTELES AZUL SAS de los aportes a seguridad social en pensiones respecto al periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2012 y el 25 de septiembre de 2013, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia impugnada

**TERCERO. - COSTAS** Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

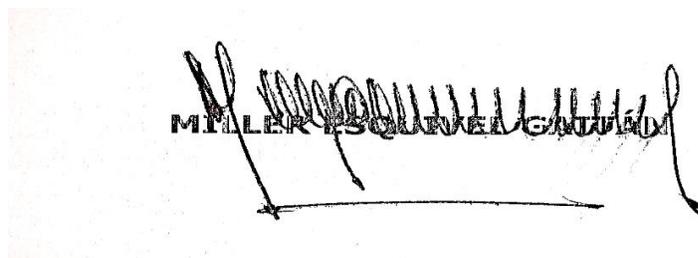
**Notifíquese y cúmplase**



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

**SALVÓ VOTO**

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.**

**PROCESO ORDINARIO DE EDUARDO ALFONSO DIAZGRANADOS UPARELA  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES. Rad. 2018-00410-01. Juz.27.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

EDUARDO ALFONSO DIAZGRANADOS UPARELA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 6 a 7 y 43 del archivo 1 expediente digital.

**DECLARATIVAS**

- Se declare que entre el actor y la causante BETILDA MARTÍNEZ VALENZUELA existió un vínculo matrimonial
- Se declare que al actor le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por haber convivido con la causante durante los últimos 5 años anteriores a la fecha de su fallecimiento.
- Se declare que la demandada está obligada al reconocimiento y pago de la pensión solicitada

**CONDENATORIAS**

- Se condene a la demandada COLPENSIONES a pagar al actor la pensión de sobrevivientes a partir del 15 de agosto de 2016, fecha de fallecimiento de su esposa, en cuantía inicial de \$1.352.582 más los incrementos de ley
- Retroactivo pensional
- Intereses moratorios
- Indexación
- Facultades extra y ultra petita
- Costas

Los hechos fundamento de la demanda obran a folios 5 y 6 y 41 a 42 subsanación. Indica que el señor EDUARDO DIAZGRANADOS UPARELA contrajo matrimonio con la causante BETILDA MARTÍNEZ VALENZUELA el 22 de diciembre de 1963 y convivieron como esposos hasta el 15 de agosto de 2016.

Que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a la causante BETILDA MARTÍNEZ VALENZUELA mediante Resolución 032567 del 7 de octubre de 2005 y con ocasión de su fallecimiento el actor presentó reclamación a COLPENSIONES el 3 de febrero de 2017, lo que fue resuelto mediante Resolución SUB 151396 del 9 de

agosto de 2017 en que COLPENSIONES negó el reconocimiento pensional por considerar que no estaba probada la convivencia con la causante durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento.

Contra la decisión anterior interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, lo que la demandada se ha negado al reconocimiento de la prestación

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad el día 28 de enero de 2019 (fl.51), se notificó a la demandada y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, la demandada COLPENSIONES contestó la demanda como se observa a folios 53 a 61.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la prueba documental aportada al proceso. En cuanto a los demás hechos manifestó que no le constan.
- Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 10 de febrero de 2022 en la que decidió negar las pretensiones de la demanda formuladas por el señor EDUARDO ALFONSO DIAZGRANADOS UPARELA y absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda. Declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por COLPENSIONES y condenó en costas a la parte actora.

Para resolver tuvo en cuenta la sucesión procesal decretada en el proceso respecto de Adalgisa Díazgranados Guzmán, Luis Eduardo Díazgranados Martínez y Ángela Margarita Díazgranados Angulo. En cuanto al derecho del actor al reconocimiento de la pensión de sobreviviente señaló que la causante falleció el 15 de agosto de 2016 (fl. 13) por lo que debía tenerse en cuenta la modificación de la Ley 797 de 2003 y respecto de la convivencia y señaló que la pareja contrajo matrimonio conforme a la prueba documental y que COLPENSIONES le reconoció a la causante la pensión de vejez, sin embargo, no consideró que demostró en el proceso la comunidad de vida, ayuda mutua, asistencia solidaria como pareja responsable de manera real y efectiva, ya que conforme a las pruebas allegadas al proceso, la pareja no convivía en la misma ciudad y se encontraban separados, por lo que no se probó la convivencia durante los 5 años en cualquier tiempo, pues no resultaba diáfano concluir la convivencia en San Marcos- Sucre por el tiempo establecido en la ley, toda vez que las declaraciones extra juicio fueron contradictorias y no se llevó a cabo la ratificación solicitada por COLPENSIONES por inasistencia de los testigos y solo se acreditó que el vínculo matrimonial se mantuvo hasta el fallecimiento, pero no la convivencia y ni la fecha a partir de la cual la causante se trasladó a la ciudad de Bogotá ni los motivos para ello. No tuvo en cuenta la declaración que fue aportada con posterioridad a la demanda por no haber sido presentada en la oportunidad legal.

### **Apelación de la parte actora**

Interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó que la convivencia se acreditó con la persona que se entrevistó en la visita realizada por COLPENSIONES en el Municipio de San Marcos; que el actor contrajo matrimonio con la causante en 1963 y ella que trabajó en el Hospital de San Marcos, prueba que debe reposar en COLPENSIONES de donde se puede concluir que se superó el tiempo de convivencia como pareja en el Municipio de San Marcos. Que la visita permite concluir que así no estuvieran conviviendo bajo el mismo techo, él dependía económicamente de ella por cuestiones de salud y que debido a la altura de Bogotá él no podía trasladarse a Bogotá y por eso se visitaban continuamente. Cita la sentencia T-245 de 2017 para indicar que no se requiere que convivan en la misma casa. Que las demás declaraciones no se ratificaron porque los testigos no tienen acceso a los medios necesario para ello y no eran necesaria su ratificación, aunque hubieran sido solicitadas por COLPENSIONES ya que son válidas y se trata de personas que conocieron a la pareja desde hace mucho tiempo, además de haberse arrimado la declaración del hijo común.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Fueron alegados previamente (23 de mayo) al auto en que se corrió el traslado para alegar (15 de junio), por lo que no se tendrán en cuenta.

**Parte demandada:** Indicó que luego de la investigación administrativa realizada por la entidad no se encontró que el demandante estuviera conviviendo con la causante al momento de su fallecimiento, por lo que, si bien existía un matrimonio vigente, no cumplió con el postulado de la convivencia y, por ende, no es beneficiario de la prestación de sobreviviente y debe confirmarse la decisión de primera instancia.

## **CONSIDERACIONES**

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se comprueba con la documental obrante a folios 16 y 25 del archivo 1 expediente digital, mediante la cual se acredita que el actor presentó reclamación ante COLPENSIONES para el reconocimiento pensional.

### **Status de afiliado del causante**

No es tema de controversia la calidad de pensionado de la causante, lo cual igualmente se indica en la Resolución SUB 151396 del 9 de agosto de 2017 en la que menciona que a la causante BETILDA LUZ MARTÍNEZ DE DIAZGRANADOS se le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución 032567 del 7 de octubre de 2005 y que fue incluida en nómina de pensionados a partir del 31 de diciembre del mismo año.

Tampoco fue objeto de controversia por la parte demandada que la señora BETILDA LUZ MARTÍNEZ DIAZGRANADOS falleció el 15 de agosto de 2016 lo que se encuentra acreditado con el registro de defunción obrante a folio 13 y que contrajo matrimonio con el señor EDUARDO ALFONSO DIAZGRANADOS UPARELA el 22 de diciembre de 1963 conforme el registro civil de matrimonio que obra a folio 14.

## **Sustitución Pensional**

Reclama el señor EDUARDO ALFONSO DIAZGRANADOS UPARELA le sea reconocida la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su esposa que acaeció el día 15 de agosto de 2016.

Debe la Sala en primer lugar señalar que las normas aplicables son las que rigen al momento del fallecimiento del causante (15 de agosto de 2016), por lo que, en este caso, las normas que gobiernan la sustitución pensional son las contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es que para ser beneficiario de esta prestación en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

**Parte demandante.**- El objeto de la apelación de la parte demandante radica en que considera que con las pruebas testimoniales y la visita realizada por COLPENSIONES al Municipio de San Marcos, se encuentra acreditado el requisito de convivencia requerido, por lo que pasa la Sala a analizar las pruebas aportadas al proceso.

Como prueba documental se aportaron con la demanda las siguientes declaraciones extrajudiciales:

Fl. 32. Declaración de Roberto Antonio Cantillo Barbosa conforme a la cual el demandante se casó y convivió con BETILDA LUZ MARTÍNEZ DE DIAZGRANADOS mientras ella estuvo viva e incluso en los últimos 5 años y que ella corría con el sostenimiento del hogar. Que el esposo dependía económicamente de ella en razón a que había dejado de laborar hace mucho tiempo.

Fl. 34. Declaración de Honorio de Jesús Cuello Pasca quien declara tener conocimiento que el actor se casó y convivió con BETILDA LUZ MARTÍNEZ DE DIAZGRANADOS mientras ella estuvo viva e incluso los últimos cinco años antes de su fallecimiento. Que el esposo dependía económicamente de ella en razón a que había dejado de laborar hace mucho tiempo.

Fl. 36. Declaración de CARMELO DE JESÚS UPARELA SEVERICHE, que da fe de conocer al demandante como esposo de la señora BETILDA MARTÍNEZ DE DIAZGRANADOS quien trabajó en el hospital de San Marcos por recomendación de su esposo ya que en ese tiempo se desempeñaba como funcionario de la Tesorería Municipal; que convivieron como pareja hasta el fallecimiento de ella; nunca hicieron separación de bienes, ni de cuerpo ni liquidación de la sociedad conyugal. Que la señora Betty en los últimos años a consecuencia de una enfermedad que la aquejaba tuvo que residenciarse en Bogotá para seguir el tratamiento médico, donde siguió laborando para obtener la pensión de vejez y como el señor Eduardo ya no laboraba quedó dependiendo económicamente de ella quien le mandaba para que se desplazara a Bogotá periódicamente.

Respecto de estas declaraciones, la demandada COLPENSIONES, solicitó su ratificación (fl. 60), prueba que fue decretada en audiencia del 16 de octubre de 2019 y no practicada por inasistencia de los testigos a la audiencia correspondiente.

Mediante escrito de fecha 12 de noviembre de 2019 (fl. 87) la parte actora aportó el registro civil de defunción del accionante y la declaración extra proceso de LUIS EDUARDO DIAZGRANADOS MARTÍNEZ hijo de la pareja en la que menciona que sus padres convivieron de manera permanente hasta el fallecimiento de su señora madre el 15 de agosto de 2016 en el Municipio de Soacha Barrio San Mateo donde él también vivía con ellos. Que su padre después del fallecimiento de su esposa se residió en el Municipio de San Marcos - Sucre y finalmente falleció el 19 de agosto de 2019. Que sus padres comenzaron a vivir en el Municipio de San Marcos donde él trabajaba y ayudó a su mamá a trabajar en el Hospital y cuando se trasladaron al Municipio de Soacha ella era la que trabajaba por lo que su padre dependía económicamente de ella. Esta prueba no fue allegada dentro de la oportunidad legal por lo que no fue tenida en cuenta al momento de proferir la sentencia en la primera instancia e igualmente y por el mismo motivo no puede ser tomada en cuenta en esta instancia

En el informe técnico de investigación que obra en el expediente administrativo documento GEN.COM-CO-2017-7446961 se solicitó la visita por cuanto las declaraciones extraprocesales se había realizado en un departamento diferente. En la visita se entrevistó al señor DIAZGRANDOS UPARELA quien manifestó haber contraído matrimonio con la causante el 22 de diciembre de 1963 con quien tuvo un hijo y otro en adopción ya mayores de edad. Que la causante se radicó en Bogotá a laborar para sostener el hogar ya que él no podía seguir trabajando y que ella lo visitaba o él iba a Bogotá.

Se entrevistó a la señora Luz Estela Angulo Sánchez, vecina, quien afirmó conocer a la pareja, que convivieron hasta el fallecimiento de ella quien era enfermera del Hospital de San Marcos de donde fue retirada y por cuestiones económicas se fue a Bogotá a trabajar y era visitada por su esposo.

Igualmente entrevistó al señor Carmelo de Jesús Uparela quien dijo conocer a la pareja; siempre los veía en el sector, y afirmó que por cuestiones laborales ella se trasladó a Bogotá ya que por condiciones de salud su esposo no podía trabajar.

Jesús Cuello Pasco dijo conocer a la pareja hace 57 años, sin separaciones y que por cuestiones laborales ella de trasladó a Bogotá para tener un mejor empleo, pero se visitaban constantemente.

En el expediente administrativo obra certificación laboral de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL conforme a la cual la señora BETILDA MARTÍNEZ DE DIAZGRANDOS laboró desde el 22 de octubre de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1993 como enfermera auxiliar en la planta central en Bogotá, jornada de tiempo completo y en la Resolución de reconocimiento pensional GNR 388242 del 30 de noviembre de 2015 se tuvo en cuenta que cotizó entre el 6 de agosto de 1980 y el 3 de diciembre de 1995 con los empleadores Secretaría Distrital, Bogotá Distrito Capital y el último periodo entre el 1º de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 2005 fue con el Distrito Capital, fecha a partir de la cual se reconoció la pensión de vejez.

Revisadas las declaraciones, observa la Sala que ninguno de los testigos e incluso el mismo demandante, hoy fallecido, manifestaron la época o año en que la pareja convivió en el Municipio de San Marcos, como tampoco en qué época vino a trabajar a Bogotá la señora MARTÍNEZ DE DIAZGRANADOS y conforme a la resolución de reconocimiento pensional ella laboró el Bogotá desde agosto de 1980 y en el último periodo cotizó entre 1999 y 2005, fecha en que se pensionó, por lo que contrario a lo

indicado por el recurrente no es posible establecer de la historia laboral el tiempo en que la causante laboró en el Hospital de San Marcos, para concluir que durante ese tiempo convivieron en ese municipio.

Adicionalmente, ningún testigo manifestó que la señora BETILDA viviera en San Marcos con su esposo en un periodo específico de tiempo sino que convivió con él hasta su fallecimiento, lo que contradice no solo la misma prueba testimonial conforme a la cual ella vivió por razones laborales en Bogotá, sino que también va en contravía con la prueba documental que acredita que ella laboraba en Bogotá por lo menos desde 1980, y nada indicaron de su lugar de residencia después que le reconocieron la pensión de veje en el año 2005, pues si el motivo por el que residía en Bogotá era laboral, era de esperar que conocieran sobre su residencia una vez pensionada; sin embargo no lo manifestaron.

Así las cosas, considera la Sala que existen inconsistencias en las declaraciones de los testigos que no permiten concluir la convivencia como pareja de la señora BETILDA MARTÍNEZ con el señor EDUARDO DIAZGRANADOS, pues se reitera que los testigos no ofrecen plena credibilidad y de manera vaga indican que la pareja convivió hasta su fallecimiento y a reglón seguido manifiestan que ella vivía en Bogotá por cuestiones de trabajo, luego mal puede considerarse que efectivamente conocían sobre la convivencia de la pareja.

Incluso si se tuviera en cuenta el testimonio de LUIS EDUARDO DIAZGRANADOS MARTÍNEZ hijo de la pareja, habría que señalar que contradice a los demás testimonios, pues menciona que sus padres convivieron inicialmente en el Municipio de San Marcos y que cuando se trasladaron al municipio de Soacha ella era la que trabajaba y su padre después del fallecimiento de su esposa se radicó en el Municipio de San Marcos - Sucre donde finalmente falleció el 19 de agosto de 2019, mientras los demás testigos manifestaron que ella se había ido a Bogotá por motivos laborales, pero no el esposo por sus condiciones de salud.

Por tal motivo no le asiste razón al recurrente cuando considera que con las pruebas aportadas se demostró la convivencia por el tiempo establecido en la norma, pues los testimonios no fueron contestes y coherente y no existe una documental que permita concluir cuál fue el tiempo de convivencia de la pareja.

Conforme a lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

**COSTAS.- Se confirman** las de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$500.000.)

## DECISIÓN

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.

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO. – COSTAS** se confirman las de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$500.000.).

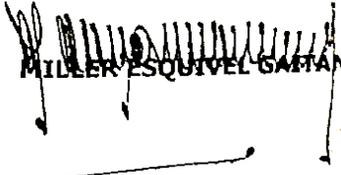
**Notifíquese y Cúmplase**



**LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ**



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ARTURO PERDOMO LASPRILLA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 00449 01 Juz 14.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**CARLOS ARTURO PERDOMO LASPRILLA** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **AFP PORVENIR S.A.** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 89 y 90 del archivo 01 del expediente digital.

**DECLARATIVAS**

- Nulidad de la afiliación al RAIS.
- Libertad del actor de afiliarse al RPM.

**CONDENATORIAS**

- A COLPENSIONES a que reciba al actor como afiliado cotizante.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 87 a 89 del archivo 01 del expediente digital. Nació el 12 de julio de 1963. Inició su historia laboral el 4 de enero de 1983, fecha en que empezó a cotizar en el ISS y se mantuvo allí hasta el 12 de abril de 1994 que se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, sin embargo, en dicho traslado solo le indicaron algunos beneficios del fondo privado pero no le indicaron las características para acceder al beneficio pensional en el RAIS ni tampoco las consecuencias de su decisión. Posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN, fondo que tampoco informó debidamente a su potencial afiliado, por lo que en ambos casos dio su consentimiento de vincularse a esas entidades pero dicho consentimiento no fue informado. Mediante solicitud presentada el 22 de marzo de 2019, solicitó a COLPENSIONES que lo tuviera como afiliado, solicitud rechazada por la entidad pública, mismo trámite elevado ante PROTECCIÓN, entidad que también negó el traslado.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad el quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019) (Fls. 116 y 117 archivo 01 Exp. Digital) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a folios 243 a 248 del archivo 01 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solamente aceptó; la fecha de nacimiento del actor, la solicitud de afiliación al RPM y su respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, intereses moratorios y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó en los términos del escrito visto a folios 213 a 238 del archivo 01 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante y la fecha del traslado a PORVENIR.
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visto a folios 178 a 189 del archivo 01 del expediente digital:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; La solicitud de nulidad del traslado presentada ante su entidad y su respuesta negativa.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de mutua a favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPS convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y genérica.

Mediante proveído del nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) la A que tuvo por contestada la demanda de PORVENIR y PROTECCIÓN e inadmitió la contestación de COLPENSIONES y lo requirió para que allegara el expediente administrativo del actor (Fls. 250 y 251 Archivo 01), requerimiento contestado mediante escrito visible a folio 252 en el cual indicó la apoderada que una vez le fuera entregada dicha documental la allegaría al Despacho, por lo que mediante auto del veintitrés (23) de marzo de la presente anualidad tuvo por contestada la demanda de COLPENSIONES y fijó fecha de audiencia (Fl. 265 archivo 01).

## **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 17 de mayo de la presente anualidad mediante sentencia de fondo en la que dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante Señor CARLOS ARTURO PERDOMO LASPRILLA, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A., donde se encuentra actualmente afiliado el demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual del ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Debiendo igualmente la AFP PORVENIR S.A., proceder al reintegro de los valores que cobro a título de cuota de administración a COLPENSIONES.

**TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** de la acción a las demandadas. Tásense."

Llegó a esta determinación luego de corroborar que no le fue brindada información suficiente al actor al momento del traslado de régimen, y si bien existe un deber de informarse por parte del consumidor financiero, ello no faculta a la entidad que debe brindar la información evitar hacerlo. Sostuvo que, si bien el demandante aceptó en el interrogatorio haber firmado un formulario de afiliación, el mismo contiene solo datos básicos y no demuestra que se le hayan expuesto y explicado las características, ventajas o desventajas del RAIS, por lo que no es suficiente para acreditar un consentimiento informado. Respecto de la carga de la prueba consideró que no fue cumplida por PORVENIR, quien debía desvirtuar la tesis indicada por el actor, quien en el interrogatorio aceptó que conocía ciertas situaciones del RAIS, pero no fue una información completa y comprensible. Argumentó que la motivación económica del actor respecto a su mesada pensional, no invalida las pretensiones principales del proceso ya que lo que se juzga es acto jurídico del traslado de régimen pensional, pero no se discute que sea beneficiario o no de una prestación económica. Sobre la excepción de prescripción dijo que en estos casos donde se discute la validez de la afiliación resulta inmerso el principio de la irrenunciabilidad y esto hace que lo perseguido sea imprescriptible.

## **Recurso de Apelación**

**Demandante:** Sin recursos.

**PROTECCIÓN:** Pidió que no se ordene la devolución de los gastos de administración, en razón a que son descuentos originados por disposición legal y son producto de la buena gestión realizada por el fondo privado con los aportes del actor, por lo que ordenar la devolución de esas sumas constituye un enriquecimiento sin causa y son valores que no financian una posible prestación de vejez.

**COLPENSIONES:** Considera que la declaratoria de ineficacia de traslado es improcedente toda vez que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003. Así mismo, afirma que el formulario de afiliación es prueba plenamente válida para demostrar que su decisión era afiliarse al RAIS, además que permaneció en el RAIS por un largo tiempo y efectuó traslados entre fondos privados, además que el actor estaba en el deber de informarse por su cuenta. Indicó que la decisión generaría una inestabilidad financiera en el sistema general de pensiones.

**PORVENIR:** Expuso que el traslado fue válido, que se cumplió con la normativa vigente para la época y que se ratificó la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS dado el tiempo de permanencia y los traslados horizontales. Adujo que estaba imposibilitada a allanarse a las pretensiones por no ser la AFP actual del actor y porque está inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003. De otro lado, pidió se revoque la orden de devolver los gastos de administración por ser valores descontados por orden legal, que también son descontados en el RPM. Finalmente, solicitó también la revocatoria de la condena en costas.

## **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Guardó silencio.

**Parte demandada:**

**PORVENIR:** Reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

**COLPENSIONES:** Reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

**PROTECCIÓN:** Guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la condena a la devolución de los gastos de administración descontados por las AFP.

#### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental del expediente digital, contentiva de la reclamación de fecha 21 de marzo de 2019 (Fls. 4 y 5 archivo 01), en la que solicitó la activación de su afiliación al RPM, solicitud resuelta desfavorablemente por el fondo público el 22 de marzo de 2019 (Fls. 6 y 7 archivo 01), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

#### **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. (Fls. 142 y 163 archivo 01), fondo al que se trasladó el 19 de diciembre de 1996, desde la AFP PORVENIR S.A. (Fls. 32 y 205 archivo 01), a la cual se encontraba vinculado desde el 12 de abril de 1994, afiliación que se encuentra vigente.

#### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de

ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante el 12 de abril de 1994 (Fls. 32 y 205 archivo 01), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas: el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual

---

<sup>2</sup> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

<sup>3</sup> *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

<sup>4</sup> *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad."*

no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como pretende entender COLPENSIONES.

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR S.A., ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, por lo que la entidad no demostró ni aclaró si le expuso un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aún cuando le faltaban varios años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que el demandante conociera en el momento algunas de las características del RAIS y del RPM o con el tiempo en que permaneció en el RAIS, ni mucho menos con los traslados horizontales efectuados entre AFP, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es exigible desde su creación tal como fue precisado en la SL1688-2019, donde se expuso:

*En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, **la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».***

***De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al***

---

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo 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 esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*

*afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.” (Negrita fuera de texto)*

En concordancia con lo anterior, tampoco es de recibo el argumento de que el demandante debía informarse por su cuenta, ya que lo que pretenden las recurrentes con dicha tesis es que el demandante asuma la culpa del actuar negligente que le correspondía a la AFP, además, dicho argumento, junto a los traslados horizontales y la permanencia prolongada en el RAIS hacen parte de la tesis de los actos de relacionamiento indicada por la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ, la cual no contaba con la facultad de dictar jurisprudencia, por lo que, al ser estudiada dicha teoría por la Sala Permanente se ha llegado a la conclusión que ninguno de esos actos sanean la falta al deber que le correspondía a PORVENIR.

Es de advertir que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto, igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, por eso, se itera, es que se juzga el acto jurídico al momento del traslado y no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, cuenta con una expectativa legítima, o este inmerso en la prohibición legal de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de jubilación, pues ninguna de estas circunstancias son llamadas a ser valoradas en este tipo de procesos. En lo que respecta a la prueba de la información brindada, en la SL 1421 de 2019, la CSJ precisó que en los *"términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona"*. COLPENSIONES en su recurso alega que el formulario de afiliación era el único

medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, y que la AFP no estaba obligada a documentar la información suministrada verbalmente, sobre este punto es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Así las cosas, como no se demostró que el demandante se le hubiese suministrado información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, La Sala confirma la decisión del A quo en este aspecto.

### **Devolución de los gastos de administración**

En cuanto a la devolución de los gastos de administración ordenada contra PROTECCIÓN y PORVENIR es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:*

*[...]*

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN de devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, ya que son las llamadas a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual bajo ninguna circunstancia genera un enriquecimiento sin causa a favor del actor o de COLPENSIONES, al contrario, se garantiza con ello el principio de la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y que la posible prestación reconocida al actor se encuentre totalmente cubierta con dichas sumas (SL2877-2020<sup>5</sup>).

Finalmente, en cuanto a la solicitud de PORVENIR de que sean revocadas las costas impuestas en primera instancia, conviene precisar que conforme al Art. 365 del C.G.P. dicha condena está ajustada a derecho y, dado que en esta instancia no se revocó ordinal alguno de la decisión, es procedente mantener la condena en costas, así como también procede la condena en esta instancia.

Bajo los anteriores razonamientos, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)** a cargo de cada una de las apelantes.

---

<sup>5</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

## DECISIÓN

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.

## RESUELVE

**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de mayo del 2022 por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS:** Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)** a cargo de cada una de las apelantes.

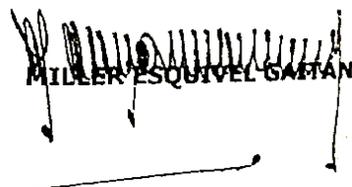
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE  
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00559 01. Juz. 19.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE** demandó a la **AFP PORVENIR** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio digital 3 y 4 del archivo 1 del expediente digital.

- Ineficacia y/o nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Retorno a Colpensiones.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 6 del archivo 1 del expediente digital. Nació el 10 de diciembre de 1957, se afilió el 5 de junio de 1987 en el Instituto de Seguros Sociales (ISS) hasta el 1 de agosto de 1995 que se trasladó al FONDO DE PRESTACIONES DEL CONGRESO –FONPRECON-. El 29 de abril de 2005 fue abordado por una asesora de PORVENIR, quien a base de engaños e información parcializada logró la afiliación del actor al RAIS, a pesar de que ya

contaba con 47 años y tenía una expectativa legítima de pensionarse bajo lo dispuesto en la Ley 100/1993. Una vez se percató de que las condiciones para acceder a la pensión en el RAIS eran diferentes al RPM y que eran perjudiciales para sus intereses, presentó diversas reclamaciones tanto a PORVENIR como a COLPENSIONES, sin embargo, ambas entidades negaron la petición de retornar al RPM por estar inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad el 6 de septiembre de 2019 (Fl. 55 archivo 1 Exp. Digital), corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visible a folios 109 a 129 del archivo 1 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del actor, su vinculación al ISS en la fecha indicada y la simulación pensional realizada a solicitud de VIVES LACOUTURE.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible a folios 67 a 83 del archivo 1 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y las semanas cotizadas del actor al ISS, su actual vinculación al RAIS administrado por PORVENIR, la respuesta negativa a la reclamación administrativa y la no existencia de beneficio transicional a favor del actor.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del social del orden público y genérica.

Mediante auto del 4 de diciembre de 2020 (Fl. 153 archivo 1) la A quo ordenó de manera oficiosa vincular al **Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON** por ser la entidad en la cual se encontraba afiliado el actor al momento de trasladarse a la AFP PORVENIR, por lo que la decisión de instancia posiblemente tendrá efectos vinculantes sobre dicha entidad. El **Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON** contestó la demanda conforme se denota del archivo "CONTESTACIÓN DEMANDA – Folios 1 a 9" que se encuentra en la carpeta 3 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, las vinculaciones al ISS, a FONPRECON y actualmente a PORVENIR, la solicitud elevada ante COLPENSIONES para retornar al RPM, la respuesta negativa de la entidad, las semanas cotizadas a la fecha y la inexistencia de beneficio transicional a favor de VIVES LACOUTURE.
- No formuló excepciones.

En escrito denominado "LLAMAMIENTO GTIA. VIVES LACOUTURE" que se encuentra en la carpeta 3 del Exp. Digital, el **Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON** solicitó llamar en garantía a **PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas indicadas a folio 1.

- Ante la eventualidad de una condena contra FONPRECON, se declare que PORVENIR es responsable del mayor valor que eventualmente deba asumir frente al reconocimiento y pago de la prestación perseguida por el demandante.
- Condenar a PORVENIR al reconocimiento de indemnización de perjuicios que llegare a sufrir FONPRECON o el reembolso parcial o total del pago que tenga que hacer como resultado de una eventual sentencia condenatoria.
- Indexación de las sumas a pagar por FONPRECON.

Fundamenta su solicitud en los hechos narrados a folio 2 y que se sintetizan en que el demandante nació el 10 de diciembre de 1957, estuvo afiliado al ISS inicialmente y luego a FONPRECON, en el que cotizó 2.265 días (323.57 semanas) hasta abril de 2005 que se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, quien presuntamente no le suministró información consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, tampoco la diferencia

entre la mesada pensional que recibía en el RAIS y el RPM. En noviembre de 2018 el actor solicitó ante COLPENSIONES el regreso al RPM y, luego, inició el presente proceso para que se declare judicialmente la ineficacia de la afiliación al RAIS y se reactive la afiliación al RPM, así mismo, solicita el traslado de aportes. A julio de 2019 el demandante cuenta con 959 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, por lo que no es beneficiario del régimen de transición.

Mediante proveído del 23 de julio de 2021 visible a folio 158 la A quo tuvo por contestada la demanda por parte de FONPRECON y negó el llamamiento en garantía a PORVENIR porque ya está vinculada al proceso como demandada, así mismo, fijó fecha de audiencia de que tratan los Arts. 77 y 80 del C.P.T.S.S.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso en legal forma, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 19 de abril del presente año mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

**"PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del señor **LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE**, identificado con C.C. No. 12.544.261, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** al de ahorro individual con solidaridad administrado por **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el día 29 de abril de 2005, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado al demandante **LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE**, identificado con C.C. No. 12.544.261, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la **Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES**, desde el 05 de junio de 1987, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, identificada con No. NIT 800.144.331-3 a devolver a la **ADMINISTRADORA**

*COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE** identificado con C.C. no. 12.544.261, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.*

**CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones principales incoadas en su contra incluyendo al integrado en Litis FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia.

**SEXTO:** 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.**”

Llegó a esta determinación en razón a que conforme a los criterios jurisprudenciales establecidos por la SL CSJ y una vez valoradas las pruebas recaudadas en el plenario la AFP PORVENIR no demostró que hubiera informado debidamente a su potencial afiliado respecto de todas las características y condiciones del RAIS. Si bien no se desconoce la validez del formulario, el mismo solo acredita que el demandante dio su consentimiento, pero no se demostró que dicho consentimiento haya sido informado en los términos legales, situación que no se sana o subsana por las calidades profesionales de VIVES LACOUTURE. Absolvió a FONPRECON de las pretensiones por cuanto el actor no es un senador activo, por lo que ordenó su retorno a COLPENSIONES, como si siempre hubiere permanecido allí. Sobre la excepción de prescripción manifestó que la pretensión perseguida en el proceso es de carácter declarativo y hace parte del derecho a la seguridad social, el cual es imprescriptible, dadas las resultas del proceso declaró no probadas las demás excepciones y se abstuvo de condenar en costas.

### **Recurso de apelación**

**Parte demandante:** Sin recurso.

### **Parte demandada:**

**PORVENIR:** Solicitó la revocatoria de la decisión por cuanto el traslado acaecido es plenamente válido conforme a la norma vigente, se realizó de manera libre y voluntaria, por lo que no puede aplicarse el criterio jurisprudencial de la SL CSJ de manera automática. Indicó que la Ley 100/1993 es de conocimiento público, por lo que el demandante estaba en capacidad de verificar lo allí dispuesto, situación que constituye un deber del consumidor financiero. Hizo mención a la calidad profesional de VIVES LACOUTURE, resaltando que en su periodo como senador de la república (2002-2010) se llevaron a cabo cambios importantes en lo referente al sistema pensional, por lo que no puede excusarse en su propia ignorancia.

En cuanto a los gastos de administración indicó que fueron valores que ya se descontaron por mandato legal y son producto de la buena gestión por parte de la AFP de los aportes realizados por el actor, por lo que en virtud de lo conceptualizado por la Superintendencia Financiera de Colombia y el Art. 7 del Decreto 3995 de 2008 no deben devolverse dichos valores, así mismo las cuotas de seguro previsional están en poder de un tercero, por lo que tampoco es posible su devolución.

**COLPENSIONES:** Solicitó la revocatoria de la decisión en razón a que no debe aplicarse la jurisprudencia de la SL CSJ de manera automática sino evaluarse cada caso en particular, por lo que, en el asunto, el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por lo que su objetivo oculto es trasladarse de régimen fuera de los términos establecidos por la Ley solo por estar inconforme con el valor de su mesada pensional. Indicó que con esta decisión se vulneran los principios rectores del Sistema General de Pensiones, en especial el de la sostenibilidad financiera.

**FONPRECON:** Sin recurso.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Solicitó la confirmación de la decisión porque no le fue brindada la suficiente y debida información al momento del traslado, lo que hizo que tomara una decisión errada, por lo que, conforme a los diversos pronunciamientos jurisprudenciales, es procedente la declaratoria de ineficacia.

**Parte demandada:**

**PORVENIR:** En síntesis reiteró los argumentos expuestos en su recurso.

**COLPENSIONES:** Reiteró lo descrito en su recurso de apelación.

**FONPRECON:** Solicitó se confirme la absolución de la entidad, dado que no es la encargada para responder por el acto declarado ineficaz y, tampoco, está en capacidad de asumir una posible prestación pensional que se le reconozca al actor.

**CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la orden de devolver las sumas descontadas por gastos de administración dictada contra PORVENIR.

**Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma conforme se denota del formulario diligenciado por el actor el 30 de noviembre de 2018 (Fl. 53 archivo 1) en el cual solicitó afiliarse nuevamente al RPM, solicitud negada por la entidad pública mediante comunicación de la misma calenda, visible a folio 54 del archivo 1, con lo cual se tiene por acreditado el requisito establecido en el Art. 6 del C.P.T.S.S.

**Régimen pensional del actor**

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 29 de abril de 2005, cuando solicitó su afiliación a la AFP PORVENIR (Fls. 28 y 130 del archivo 1), afiliación que actualmente se encuentra vigente.

## **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo/ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el demandante diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., el 29 de abril de 2005 (Fl. 28 y 130), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado*

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con

---

*de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> *“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”*

radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles*

---

<sup>3</sup> *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo 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 esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

*no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria”*

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR, ya que se limitó a indicar que el actor firmó el formulario de manera libre y voluntaria, además, que por sus calidades profesionales debía informarse por su cuenta y saber las consecuencias de su decisión, lo cual, permite recordar que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado, así como tampoco las calidades profesionales o académicas del afiliado sanean la nula información brindada por parte del fondo privado. Por lo anterior, la AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón<sup>1</sup>, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar:

*“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

Respecto a la inconformidad de las recurrentes al considerar que existió una aplicación automática del precedente jurisprudencial, la Sala no evidencia que dicha situación no se dio en el caso particular, ya que, además del formulario de

afiliación, la AFP no allegó soportes que realmente demostraran que el actor hubiera sido informado en debida forma, lo cual quedó confirmado con las respuestas dadas en el interrogatorio de parte y, como ya se dijo en precedencia, las calidades profesionales o académicas del afiliado o la desidia en informarse por su cuenta respecto de las características de los regímenes pensionales establecidas en la Ley 100/1993 no son situaciones que saneen la falta en la que incurrió el fondo privado, criterio sostenido por la Sala Permanente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, por lo que, habrá de confirmarse la decisión en lo atinente a la declaratoria de ineficacia del traslado acontecido en el año 2005.

### **Devolución de los gastos de administración**

Frente a la orden dictada a PORVENIR S.A. de devolver los dineros cobrados por concepto de administración, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual la AFP deberá transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibió y/o descontó en razón de la afiliación del demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sin que sea válido el argumento de que no proceda su devolución dado su origen legal, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones y se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones como lo pretende hacer ver la apoderada de la entidad pública. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Ahora bien, respecto a los conceptos rendidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, los cuales indican que solo deben devolverse las sumas mencionadas en el Art. 7 del Decreto 3995/2008 es preciso indicar que dicha norma es aplicable en los casos que se haya declarado que existía una multiafiliación o multivinculación, situación que no guarda similitud con el caso en estudio, por lo que no puede aplicarse al caso.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

### **DECISIÓN**

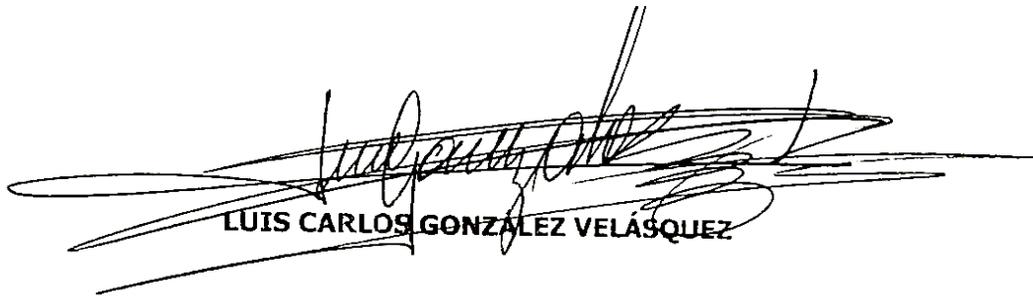
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

## RESUELVE

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de abril de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

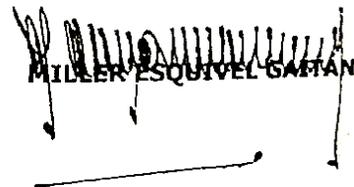
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ FABIOLA NIETO LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2021 00057 01 Juz 21.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

**SENTENCIA**

**LUZ FABIOLA NIETO LÓPEZ** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y** a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 y 6 (demanda) del archivo 01 y folio 5 (subsanción) del archivo 05 del expediente digital.

- Ineficacia de la afiliación al RAIS.
- Exclusión de los efectos jurídicos del traslado inicial y de los posteriores.
- Declarar que para todos los efectos nunca se afilió al RAIS y permaneció en el RPM.
- Reconocimiento y pago de la pensión de vejez.
- Mesadas adicionales.
- Reajustes anuales.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Subsidiariamente a los intereses, indexación.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 6 a 8 del archivo 01. Nació el 1 de febrero de 1954, se afilió el 30 de septiembre de 1974 al ISS, en el mes de abril del año 2000 se afilió a COLPATRIA hoy PORVENIR, no obstante, el asesor no le brindó una debida asesoría sobre las características y condiciones particulares del RAIS, así mismo no le indicó su posibilidad de retornar con posterioridad al RPM ni le efectuó una proyección pensional. Solicitó ante COLPENSIONES poder afiliarse a esa entidad, sin embargo, verbalmente le han indicado que no es procedente, en

razón a que ya se encuentra en la prohibición de la Ley 797/2003 y no tener 15 años de servicio a corte del 1ro de abril de 1994.

### **Actuación Procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de esta ciudad el 20 de septiembre de 2021 (Archivo 06 Exp. Digital) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 3 a 44 del archivo 09 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la edad de la actora y la fecha de afiliación al ISS.
- Formuló como excepciones de mérito; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó en los términos del escrito visto a folios 3 a 27 del archivo 12 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Tramitado el proceso en legal forma, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 23 de junio de la presente anualidad mediante sentencia de fondo en la que dispuso:

***"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora LUZ FABIOLA NIETO LÓPEZ al régimen de ahorro individual el 07 de abril de 2000, con fecha de efectividad a partir del 1º de junio del mismo año por intermedio de la AFP COLPATRIA HOY PORVENIR S.A.; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.***

**SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora **LUZ FABIOLA NIETO LÓPEZ**. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

**TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.**

**CUARTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.**

**QUINTO: DECLARAR probada la excepción propuesta por COLPENSIONES denominada INEXISTENCIA DEL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN y NO CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS NI INDEMNIZACIÓN MORATORIA.**

**SEXTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., conforme a lo motivado.**

**SÉPTIMO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.**

**OCTAVO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”**

Llegó a esta determinación en razón a que conforme la jurisprudencia de la SL CSJ y conforme a las pruebas recaudadas dentro del proceso no se demostró que a Nieto López le haya sido brindada la suficiente y oportuna información respecto del funcionamiento y las características del RAIS, por lo que, si bien el formulario fue firmado por la actora, ello solo acredita un consentimiento, pero no un consentimiento informado. Sobre el interrogatorio absuelto por la actora no se

extrae información que permita demostrar que, si haya sido informada, al contrario, ella indicó que cuando suscribió su afiliación con COLPATRIA no tuvo oportunidad siquiera de comunicarse con un asesor, por lo que no hubo ninguna información dirigida a que la demandante tomara una decisión debidamente consciente. Sobre las pretensiones del reconocimiento y pago de la pensión indicó que no es procedente declararse en la instancia, dado que Colpensiones asume la responsabilidad de estudiar un posible reconocimiento una vez sean transferidas todas las sumas de la cuenta de ahorro individual y se actualice su historia laboral, momento en el cual ya será procedente evaluar si cumple con los requisitos para obtener la prestación, criterio sostenido por este Tribunal y por la SL CSJ, por lo que absolvió a Colpensiones de esa pretensión y de las derivadas de ello. Decidió no condenar a Colpensiones por cuanto es un tercero que debe comparecer al proceso, pero no tuvo nada que ver en el acto declarado ineficaz.

### **Recurso de Apelación**

**COLPENSIONES:** Solicitó se revoque la decisión porque el traslado de régimen efectuado fue libre, voluntario y sin presiones, indicó que la entidad pública se ve afectada con la decisión, ya que la AFP cumplió con el deber que le asistía según la Ley vigente para ese momento. En caso de confirmación de la decisión solicitó se condicione el cumplimiento de la decisión hasta tanto no sean trasladados todos los recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora. Finalmente, pidió no ser condenada en costas al ser un tercero de buena fe.

**PORVENIR:** Solicitó la revocatoria de la decisión por cuanto el traslado es válido, no se acreditó la ocurrencia de ningún vicio del consentimiento de los que dispone el Art. 1741 del Código Civil. Indicó que el formulario es un documento auténtico al no haber sido tachado de falso, por lo que se constituye como plena prueba. Manifestó que en el interrogatorio absuelto por la demandante aceptó haber recibido información por parte de los asesores de COLPATRIA, que no formuló preguntas y suscribió el formulario de manera libre, por lo que se encuentra demostrado el cumplimiento al deber de información. Aseveró que la permanencia prolongada en el RAIS y los aportes realizados a lo largo del tiempo son prueba suficiente de que la decisión de la demandante era pertenecer al Régimen de Ahorro Individual. En caso de confirmación de la decisión solicitó no ser condenada a devolver los gastos de administración, los cuales se causan por origen legal y ordenar su devolución constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, además se encuentran cobijados por el fenómeno de la prescripción.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Guardó silencio.

### **Parte demandada:**

**PORVENIR:** Reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

**COLPENSIONES:** Reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la condena a la devolución de los gastos de administración descontados por la AFP PORVENIR.

#### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 38 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud de retorno a la entidad pública el 24 de noviembre de 2020, la cual fue resuelta desfavorablemente por la administradora en la misma fecha (Folios 51 y 52 archivo 09), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad dispuesto en el Art. 6 del C.P.T.S.S.

#### **Régimen pensional**

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., ya que suscribió formulario de afiliación con COLPATRIA el 7 de abril del 2000 (Fls. 24 archivo 01 y 77 archivo 12), entidad que se fusionó el 29 de septiembre del 2000 con HORIZONTE (Anotación 2 reporte SIAFP folio 75 archivo 12), la cual, a su turno, se convirtió el 1 de enero de 2014 en PORVENIR (Anotación 3 reporte SIAFP), por lo que, a la fecha, la afiliación de la actora al RAIS está vigente.

#### **Validez del traslado de régimen**

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 7 de abril del 2000 (Fls. 24 archivo 01 y 77 archivo 12), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., con la cual

cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

---

**1 Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021<sup>3</sup>, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas: el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>4</sup>, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento y por ende, no es aplicable el Art. 1741 del Código Civil.

Ahora bien, dado que es objeto de disenso el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, la Sala procede a su estudio. **LUZ FABIOLA NIETO LÓPEZ**, de

---

<sup>3</sup> *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

<sup>4</sup> *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo 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 esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*

68 años, profesional en hotelería y turismo, indicó que venía cotizando al ISS hasta que ingresó a la empresa (no indica el nombre de la empresa), la cual, tenía su propio fondo, entonces, como condición para firmar contrato con esa empresa se afilió al fondo que le dijeron, aceptó firmar el formulario de manera libre pero quien lo diligenció fue otra persona, no le formuló ninguna pregunta a su empleador al momento de firmar el formulario, no hubo asesor de COLPATRIA al momento del traslado, ha recibido extractos por parte de PORVENIR, hasta ahora está gestionando su regreso al RPM, no ha presentado solicitud de pensión de vejez a PORVENIR, tampoco ha presentado quejas o reclamos ante la AFP, conoce los requisitos para poderse pensionar en el RAIS pero por indagaciones posteriores por su cuenta, dijo que un asesor de PORVENIR "hace unos ocho o nueve años" tuvo una reunión con ella y le indicó que el Régimen de ahorro individual permitía retirar el dinero en cualquier tiempo pero en el año 2000 no les permitían hablar con los asesores, no sabe el valor de su mesada pensional en ambos regímenes, desea volver al RPM porque considera que PORVENIR la engañó, ya que lo que le dijeron no se cumplió e indicó que no le mencionaron nada sobre el bono pensional.

Una vez valoradas las pruebas recaudadas dentro del plenario, para la Sala es claro que PORVENIR S.A. no demostró el cumplimiento al deber de información, ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria y que con las respuestas dadas en el interrogatorio de parte era claro que sí sabía las condiciones del RAIS, no obstante, dicha afirmación no es cierta, ya que la demandante fue enfática en indicar que para el momento en que trasladó de régimen no intervino ningún asesor de COLPATRIA sino que, le entregaron el formulario como requisito para ser contratada en la empresa donde labora, por lo que PORVENIR, quien asumió a los afiliados de la AFP a la que se trasladó inicialmente Nieto López, no demostró de ninguna manera que le expuso un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, tampoco le dijo cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, ni le indicó que si decidía vincularse al RAIS ya no le era posible retornar al RPM por el limitante de su edad. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociera con posterioridad algunas de las características del RAIS y del RPM o con el tiempo en que permaneció en el RAIS, ni mucho menos con los traslados horizontales efectuados entre AFPS, los cuales, cable aclarar, no fueron realizados voluntariamente sino por fusión de la entidad a la que se trasladó inicialmente, la cual, a su vez, se fusionó en otra empresa, la cual hoy es PORVENIR, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es exigible desde su creación tal como fue precisado en la SL1688-2019, donde se expuso:

*En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del*

*Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, **la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».***

***De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.” (negrita fuera de texto)***

Es de advertir que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto, igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, por eso, se itera, es que se juzga el acto jurídico al momento del traslado y no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, cuenta con una expectativa legítima, o este inmersa en la prohibición legal de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad, pues ninguna de estas circunstancias son llamadas a ser valoradas en este tipo de procesos. Ahora, el mismo postulado que PORVENIR pretende aplicar a la parte actora respecto a las disposiciones que prevé el artículo 9 del Código Civil, se empela con mucha más fuerza a las administradoras de los fondos pensionales, entidades que dada su posición de ventaja con el manejo de la información frente a la afiliada nunca ha cumplido. En lo que respecta a la prueba de la información brindada, en la SL 1421 de 2019, la CSJ precisó que en los *"términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona"*. PORVENIR en su recurso alega que el formulario de afiliación era el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, y que no estaba obligada a

documentar la información suministrada verbalmente, sobre este punto es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Así las cosas, como no se demostró que a NIETO LÓPEZ se le hubiese suministrado información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, La Sala confirma la decisión de la A quo en este aspecto.

### **Devolución de los gastos de administración**

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que PORVENIR devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

*"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

*[...]*

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los*

*cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a la AFP PORVENIR de devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual, se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera y no se constituye de ninguna manera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES (SL2877-2020<sup>5</sup>).

Tampoco es de recibo el argumento de que como son descuentos originados por la Ley, no procede su devolución, ya que la SL CSJ ha sido clara y enfática en afirmar que la devolución de las mencionadas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se hace la ficción legal de que siempre permaneció en el RPM y, por ello, dichas sumas nunca debieron ser descontadas. Finalmente, en cuanto a la prescripción de dichos valores, es preciso mencionar que dado que serán trasladadas al RPM y harán parte de las sumas con las cuales posiblemente se reconozca un beneficio pensional, las mismas son imprescriptibles, por lo que no le es aplicable el término trienal dispuesto en la norma laboral ni ningún otro término prescriptivo aplicable por remisión normativa.

### **Condicionamiento de la sentencia**

En cuanto a la solicitud subsidiaria de **COLPENSIONES** de condicionar el cumplimiento de la sentencia, la Sala no encuentra necesario pronunciarse al respecto, ya que las órdenes dictadas contra dicha entidad son obligaciones que solo se podrán cumplir una vez PORVENIR transfiera todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, por lo que un pronunciamiento respecto a ese punto resulta innecesario y repetitivo.

### **Condena en Costas**

Finalmente, en cuanto a la solicitud de **COLPENSIONES** de no ser condenada en costas, conforme al Art. 365 del C.G.P. quien resulta vencido en el trámite de un proceso o a quien le es resuelto desfavorablemente un recurso debe ser condenado en costas, por lo que, al no prosperar los reparos formulados por COLPENSIONES en esta instancia, es procedente la condena. Respecto de la condena emitida en primera instancia, la misma se CONFIRMA en razón a que la

---

<sup>5</sup> El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

parte con interés jurídico para recurrir a la misma, esto es, la demandante, guardó silencio.

Bajo los anteriores razonamientos, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)** a cargo de cada una de las apelantes.

### **DECISIÓN**

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.

### **RESUELVE**

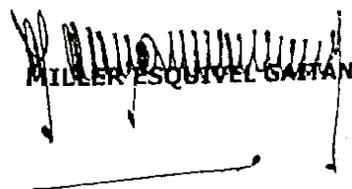
**PRIMERO. – CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de junio de la presente anualidad, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - COSTAS:** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)** a cargo de cada una de las apelantes.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

  
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ESPERANZA BONILLA AMAYA  
contra AFP PROTECCIÓN S.A., ADFP PORVENIR S.A., AFP SKANDIA S.A.,  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y  
llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS S.A. Rad. 2021 -  
00085 01. Juz. 20.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de octubre de dos mil veintiuno (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente.

### SENTENCIA

**MARÍA ESPERANZA BONILLA AMAYA** demandó a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 y 4 del archivo 01 del expediente digital.

- Nulidad e ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Ineficacia de los traslados horizontales.

- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Ordenar a Colpensiones tenerla como afiliada sin solución de continuidad.
- Ordenar a Colpensiones a actualizar y corregir la historia laboral en el RPM.
- Reconocimiento y pago de pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 y 5 del archivo 01 del expediente digital. Nació el 13 de noviembre de 1954. Efectuó aportes al ISS desde el 28 septiembre de 1973 y en dicha entidad acumuló 309,14 semanas. El 1 de agosto de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., sin embargo, dicho traslado no estuvo precedido de información clara, cierta y suficiente respecto al funcionamiento del régimen privado, las condiciones particulares para acceder a una pensión y, en general, toda la información que le permitiere tomar una decisión consciente, teniendo en cuenta que era beneficiaria del régimen de transición. En simulación pensional realizada por PROTECCIÓN se encontró que la mesada pensional en el RAIS equivale a la mitad del valor que le sería reconocido en Colpensiones, por lo que elevó solicitudes a ambas entidades a fin de que se declarara la ineficacia del traslado de régimen.

### **Actuación procesal**

Admitida la demanda por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad, en auto de fecha 4 de mayo de 2021 (Fls. 62 y 63, archivo 02 Exp. Digital) y una vez corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible a folios 72 a 109 del archivo 03 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; La fecha de nacimiento de la demandante, la fecha de afiliación al ISS y las semanas cotizadas en ese momento y la solicitud presentada por la actora.
- Formuló como excepciones de mérito; Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, 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 genérica.

La **AFP PROTECCIÓN** dio respuesta como se evidencia en el escrito visible a folios 134 a 156 del archivo 07 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; La fecha de nacimiento de la demandante y la solicitud de nulidad del traslado presentada por la actora ante esa entidad.
- Formuló como excepciones de fondo; Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y genérica.

Mediante auto dictado en audiencia del 29 de noviembre del 2021 se ordenó vincular a las **AFP PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, por cuanto la actora estuvo vinculada a dichas entidades.

La **AFP SKANDIA**, dio respuesta visible a folios 335 a 350 del archivo 15 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones en su contra.
- No acepto ningún hecho.
- Formuló como excepciones de fondo; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia 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 tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica.

En escrito visible a folios 269 a 276 del archivo 15 del expediente digital la **AFP SKANDIA S.A.** pidió llamar en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** en razón a que la AFP suscribió contrato de seguro con la llamada en garantía y a esta última le giró lo concerniente a cuotas de seguro previsional durante la afiliación de la demandante a la AFP, por lo que, en caso de una hipotética condena a la devolución de esas sumas, la aseguradora es quien debe responder por esa obligación.

La **AFP PORVENIR**, dio respuesta según el escrito visto a folios 383 a 405 del archivo 16 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones en su contra.
- En cuanto a los hechos aceptó solamente la fecha de nacimiento de la demandante.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y buena fe.

Mediante proveído del 22 de febrero de 2022 (archivo 17 Exp. Digital) el A quo tuvo por contestada la demanda por parte de **PORVENIR** y **SKANDIA**, así mismo, admitió el llamamiento en garantía realizado por SKANDIA, por lo que ordenó la notificación de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien contestó el llamamiento conforme el escrito visible a folios 577 a 597 del archivo 19 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- No le consta ningún hecho de la demanda.
- Formuló como excepciones de fondo; El acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a "Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A.", prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.
- Se opuso a la pretensión del llamamiento en garantía.
- Aceptó la existencia del seguro contratado por SKANDIA y los pagos realizados por cuotas de seguro previsional.

- Propuso como excepciones de mérito; Frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP SKANDIA S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de "SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.", prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

Mediante proveído del 2 de mayo de la presente anualidad (Fl. 667 archivo 20) el A quo tuvo por contestada la demanda y el llamamiento en garantía por parte de MAPFRE y fijó fecha de audiencia de que trata el Art. 77 del C.P.T.S.S.

### **Sentencia de primera instancia**

Tramitado el proceso el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo proferida el 8 de junio de la presente anualidad, en la cual dispuso:

***"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 la señora MARIA ESPERANZA BONILLA AMAYA, efectuado el **21 DE JULIO DE 1994**, al **FONDO PENSIONAL PORVENIR S.A.**, con posterior traslado horizontal realizado a la **AFP SKANDIA Y AFP PROTECCIÓN S.A.**, siendo el último de estos el **10 DE MAYO DE 2016**, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

**SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

**TERCERO: ORDENAR** a las administradoras AFP PORVENIR, SKANDIA Y PROTECCIÓN S.A., devolver si los hubiese los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado señora MARIA ESPERANZA BONILLA AMAYA, 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: ABSOLVER** a la interviniente MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS de todas y cada una de las súplicas de la demanda efectuada en el llamado en garantía por la demandada AFP SKANDIA S.A.

**QUINTO: ABSOLVER** a las demás demandadas de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra, conforme a lo expuesto.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR, AFP SKANDIA Y A AFP PROTECCIÓN, a favor de la parte actora. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte. Se condena a la AFP SKANDIA S.A., en costas a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, tásense por secretaría en un (1) SMMLV., pagaderos a cuota parte.

**SÉPTIMO: CONSULTAR** en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses de COLPENSIONES, administradora de pensiones de la cual es garante la Nación.”

Llegó a esta determinación en razón a que conforme el criterio jurisprudencial de la SL CSJ y las leyes vigentes para la época, la AFP PORVENIR no demostró haber asesorado en debida forma a la actora al momento de suscribir el formulario de afiliación en 1994, solo existe lo indicado por la demandante en el interrogatorio

respecto de que le dijeron algunas características del RAIS, pero no existe certeza que el deber de información haya sido cumplido de manera completa. Explicó que si bien existió una reasesoría brindada por PROTECCIÓN S.A. la misma no subsana la falta acontecida por la AFP que asumió el traslado de régimen de BONILLA AMAYA. Indicó que la actora no solicitó en su líbello la devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional, por ende, se abstuvo de emitir orden al respecto. En cuanto a la llamada en garantía MAPFRE la jurisprudencia de la SL CSJ ha sido reiterativa en cuanto si existe condena a devolver gastos de administración, la AFP debe asumirla de su propio patrimonio y, dado que en el caso particular no se emitió condena al respecto, procede la absolución total a favor de la llamada en garantía, además porque el objeto del proceso es distinto a lo que hipotéticamente debería responder MAPFRE por la póliza que suscribió con SKANDIA. Sobre la pretensión de reconocimiento y pago de pensión de vejez en condición de beneficiaria del régimen de transición adujo que ello solo se podrá saber una vez se haga efectivo el traslado de aportes y rendimientos al RPM y una vez COLPENSIONES actualice la historia laboral de la actora y se demuestre el retiro del Sistema General de Seguridad Social. Declaró no probada la excepción de prescripción por ser un asunto inherente al derecho a la seguridad social, el cual es imprescriptible, tal como lo ha indicado la SL CSJ, de igual modo, declaró no probadas las demás excepciones dadas las resultas del proceso.

### **Recurso de apelación**

**COLPENSIONES:** Indicó que el traslado de régimen fue válido, fue un hecho ajeno a la entidad pública, además, la actora se encuentra en la actualidad inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, por lo que tampoco es procedente el regreso al RPM. Finalmente, indicó que el manejo de los recursos en ambos regímenes es distinto.

### **Alegatos ante este Tribunal**

**Parte demandante:** Solicitó confirmar la decisión por cuanto se demostró que la AFP no brindó la debida información al momento del traslado de régimen.

**Parte demandada:**

**COLPENSIONES:** Indicó que la demandante está inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, no se acreditaron la existencia de vicios del consentimiento, no cumplió con la carga de la prueba de demostrar que realmente no fue informada, se cumplió con el deber de información conforme la norma vigente en esa época y con la decisión de primera instancia se descapitaliza el sistema general de pensiones.

**AFP PROTECCIÓN:** Guardó silencio.

**AFP PORVENIR:** Solicitó la revocatoria de la decisión por cuanto considera que el traslado fue valido, que se cumplió con todas las normas vigentes para ese momento y que la verdadera motivación de la actora para retornar al RPM es porque está inconforme con el valor de su mesada pensional.

**AFP SKANDIA:** Guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES**

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta

procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y las consecuencias relativas a dicha declaración.

### **Reclamación Administrativa**

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 1 de diciembre del 2020 (Fls. 55 a 58 archivo 01), resuelta desfavorablemente por la entidad pública el 2 de diciembre de la misma anualidad (Fls. 48 a 50 archivo 01), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

### **Régimen pensional de la actora**

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente está afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el 21 de julio de 1994, cuando se vinculó a la AFP PORVENIR S.A. tal como lo denota la primera anotación del reporte SIAFP visible a folio 194 del archivo 07, luego, el 15 de diciembre de 1999 se afilió a COLPATRIA (segunda anotación), fue trasladada de manera automática a HORIZONTE el 29 de septiembre del 2000 (tercera anotación), el 25 de octubre del mismo año diligenció una solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A., tal como se denota del formulario visible a folio 164 del archivo 07, se trasladó a SKANDIA el 30 de enero de 2012 como se vislumbra del formulario de afiliación que se encuentra a folios 277 y 367 del archivo 15 y, finalmente, regresó a PROTECCIÓN el 10 de mayo de 2016, como lo describe la sexta anotación del reporte SIAFP, afiliación que se encuentra vigente.

### **Validez del traslado de régimen**

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se

trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP PORVENIR S.A. no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. A su turno, COLPENSIONES argumenta en su recurso que el traslado fue plenamente válido y por ende, no debe asumir la carga de recibir a la demandante en el RPM.

Al respecto, si bien la parte actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A., el 21 de julio de 1994 (Fl. 194 archivo 07 – Reporte SIAFP), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994<sup>1</sup>, norma que

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

**Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.**

*Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:*

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

*El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.*

*No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*

*Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.*

*Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del*

para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas<sup>2</sup> y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las

---

*sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>2</sup> “No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña

implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989<sup>3</sup>, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento. Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de

---

<sup>3</sup> *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo 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 esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*

información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

*"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"*

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR S.A., ya que simplemente se limitó a indicar que la actora se afilió de manera libre y voluntaria, pero, ni siquiera allegó el formulario de afiliación suscrito por ella, el cual, por sí solo tampoco es suficiente para acreditar el cumplimiento al deber de información. Por lo anterior, dicha AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Ahora bien, respecto al reparo formulado por COLPENSIONES en razón a que no es procedente el retorno al RPM por estar inmersa la demandante en la prohibición de la Ley 797/2003, se debe indicar que una de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación es realizar la ficción jurídica de que se acto no existió, por lo tanto, se entiende que la actora siempre permaneció en el RPM y, por ello, no le es aplicable la prohibición de trasladarse cuando le falten menos de diez años para cumplir la edad mínima de jubilación.

Finalmente, la apoderada de COLPENSIONES indicó en su recurso que el manejo de los dineros en ambos regímenes es diverso, lo cual, resulta acertado, sin embargo, no llegó a ninguna conclusión con dicho argumento ni indicó el objetivo de dicha afirmación, por lo que la Sala no puede realizar interpretaciones al respecto y debe limitarse a los puntos sustentados en el recurso de apelación.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

### **COSTAS**

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho.

### **DECISIÓN**

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.

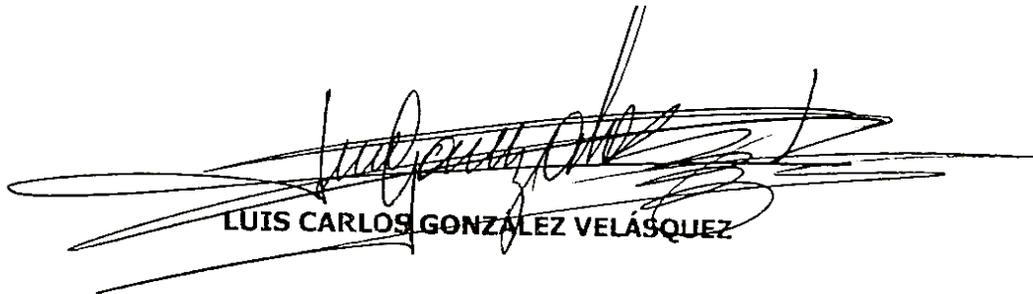
### **RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de junio de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Proceso ordinario No. 2021 00085 Juz. 20 de MARÍA ESPERANZA BONILLA AMAYA contra AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR, AFP SKANDIA, COLPENSIONES y LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA SEGUROS S.A.

**SEGUNDO. - COSTAS.** Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho.

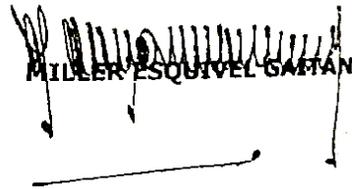
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN