

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



DEMANDANTE: BEATRIZ ELENA HIGUITA

DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS

RADICADO: 11001 22 05 000 2023 0932 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

S E N T E N C I A:

Procede la sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 16 de marzo de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, ordenando a la accionada a reconocer y pagar al accionante la suma de \$15.170.000

Como fundamento de sus pretensiones la señora Beatriz Higueta, señaló que en razón a que siempre se desempeñó en el campo de la contabilidad, se vio obligada en su vida a hacer un importante esfuerzo visual para dar cumplimiento a sus labores, que hace 5 años le fue reconocida pensión de vejez, sin embargo el desgaste en su visión era más que evidente, que para noviembre de 2020, el médico tratante de la EPS accionada le diagnosticó cataratas avanzadas en sus ojos, indicándole que debía tener tratamiento quirúrgico, que en enero de 2021, la diagnosticaron con Covid 19, sin mayores complicaciones, no obstante, luego de superada dicha enfermedad, observó un mayor deterioro en su visión, a lo que el médico tratante le indicó que su situación ocular en efecto se había agravado, por lo que requería ser operada de manera urgente, pues de no ser así, corría un alto riesgo de perder su visión.

Que finalizada la atención, le indicaron que la Eps se comunicaría con ella para programar la intervención, hecho que nunca ocurrió, que su visión llegó a un punto crítico sin recibir comunicación alguna por parte de la Eps, por ello ante el apremio y preocupación de su familia, acudió a una consulta particular en la Clínica Oftalmológica de San Diego en la ciudad de Medellín, donde concluyeron que la cirugía debía ser practicada con urgencia,

ordenando la práctica de una biometría ocular, la que tuvo un costo de \$110.000, que finalmente el 22 de abril de 2021 se le realizó la cirugía requerida, siendo facturado todo el servicio por la suma de \$15.120.000 y tuvo que incurrir en compra de medicamentos y otros elementos para el cuidado posterior, que tuvieron un costo de \$216.700.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 16 de marzo de 2023, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, ordenando a la accionada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$15.170.000.

Para lo cual señaló en síntesis que la red de la EPS accionada era la que había emitido las órdenes para la intervención quirúrgica de la demandante, la que había sido expedida en noviembre y reiterada en enero y febrero de 2021 y aun así, no garantizó la práctica efectiva de esta.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la accionada, señaló que, la decisión apelada no contenía una fundamentación para acceder a las pretensiones de demanda y había omitido un análisis puntual sobre el escrito de contestación y los elementos probatorios aportados por esta, que la demandante adujo que para noviembre de 2020, le habían puesto de presente la necesidad de la intervención quirúrgica y ello no era así, por cuanto de la historia clínica de atención en dicha data no se refería a tal procedimiento, ya que dicha atención había correspondido a una cita por medicina general, aunado a ello, si bien se ordenó en la atención de noviembre de 2021, una biometría, no una intervención quirúrgica, ello no se hizo con ninguna anotación de urgencia como erradamente lo señala la parte actora; refirió por último que nunca se solicitó la práctica del procedimiento de “extracción extracapsular asistida de cristalino y biométrica ocular”, procedimiento que nunca fue autorizado pues el médico tratante en atención del 16 de febrero de 2021, ordenó práctica de examen denominado biometría (unilateral) respecto el cual, nunca se solicitó autorización.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia

Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) “*el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*”.

A su turno, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, dispone:

*“RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., **cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.”*
(negrilla fuera del texto original)

Descendiendo al caso bajo estudio, se observa que, como bien lo manifestó la accionada desde escrito de contestación de esta acción, para el caso bajo estudio, no se cumplen los presupuestos para acceder al reembolso pretendido en los términos de la norma en cita; lo anterior por cuanto de las pruebas aportadas por la parte demandante, se logra determinar que la EPS accionada, **no expidió autorización alguna** para la realización del procedimiento cuyo reembolso se pretende.

Aunado a lo anterior y como bien lo refiere la pasiva en sus escritos de impugnación y contestación y contrario a la conclusión a que arribó la decisión recurrida, ninguna de las atenciones médicas que fueran brindadas a la demandante, da cuenta de la **urgencia** que esta indica tuvo lugar para la práctica de la intervención quirúrgica que cubrió de manera particular, así se deduce de los resúmenes de atención expedidos por la

Clínica de Especialistas Oftalmológicos, IPS a través de la que se dio atención a la demandante por intermedio de la accionada y que fueran allegados por la misma accionante, dan cuenta de que en la consulta del 5 de diciembre de 2020, fue remitida a la especialidad de oftalmología para valoración por posible catarata bilateral, reposa el resumen de atención del 16 de febrero de 2021, oportunidad en que fue atendida por el especialista Julio César Montoya, quien solicitó como examen de apoyo diagnóstico la práctica de biometría (unilateral); sin que se itera, repose dentro de las pruebas aportadas que se haya solicitado la práctica de la cirugía cuyo pago se pretende y menos que se haya referido con la urgencia que indica la parte demandante, evidenciándose que tampoco obra prueba de que haya realizado trámite alguno a fin de que le fuera realizado el examen de biometría (unilateral) ordenado por el médico tratante y así lo corrobora la accionada con imágenes de aplicativos de solicitudes, en los que no se relacionan ninguna realizada por la señora Beatriz.

Conforme lo señalado en precedencia, es claro para la sala que no se reúnen los requisitos de la norma en cita para acceder al reembolso pretendido, pues no obra autorización del procedimiento que sufragó la demandante, ni se evidencia negligencia en el actuar de la EPS accionada en continuar con la atención para la patología visual de la actora, pues nada lleva a determinar que se hubiera solicitado la práctica del único examen ordenado por el médico tratante y que la accionada se haya negado o haya demorado su práctica, así las cosas, se dispondrá **REVOCAR** la decisión impugnada, para en su lugar, **ABSOLVER** a la EPS accionada de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia proferida el 16 de marzo de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 36-2020-00108-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: JOHON EDISON BASABE VARGAS
DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de agosto del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JOHON EDISON BASABE VARGAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE el cumplimiento de los requisitos por parte del accionante respecto de la pensión de invalidez, esto es, que cuenta con las 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la ocurrencia del accidente y tiene una PCL del 57.06% de origen común por accidente calificada por la Junta Regional de Invalidez de



Bogotá y Cundinamarca; que se **DECLARE** que tiene derecho a la pensión de invalidez desde el 02 de agosto del 2016 fecha en que ocurrió el accidente y que la AFP PROTECCIÓN S.A. es la responsable del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Como consecuencia, se **CONDENE** a la AFP PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar al actor la pensión de invalidez, junto con el retroactivo pensional, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que nació el 13 de febrero de 1985; que realizó cotizaciones al sistema general de pensiones desde el año 2007 en la AFP Protección S.A. alcanzando a cotizar un total de 326.43 semanas; que el 02 de agosto del 2016 sufrió un accidente de tránsito del cual se desprendieron un sin número de trastornos e incapacidades para su vida; que el 14 de agosto del 2017 fue evaluado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez la cual le determinó una PCL del 57.06%; que en medio de su incapacidad total solicitó a su caja de compensación familiar el subsidio de desempleo por lo cual se cotizaron algunas semanas en medio de la incapacidad por el período comprendido entre junio a noviembre de 2017; que para el demandante fue imposible volver a vincularse laboralmente desde el 02 de agosto del 2016; que cuenta con las semanas para tener derecho a la pensión de invalidez; que en los 3 años anteriores a la ocurrencia del accidente cuenta con 66.14 semanas; que solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **AFP Protección S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó parcialmente el 3; aceptó el 4, 11 y 12; manifestó no constarle el 1, 5 y 6; y negó los demás Propuso las excepciones de mérito que denominó validez del dictamen de pérdida de capacidad laboral, inexistencia de fundamento para la variación de la fecha de estructuración de invalidez del demandante, prescripción y la innominada o genérica.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“Primero: DECLARAR probada la excepción de Inexistencia de fundamento para la variación de la fecha de estructuración de la invalidez del demandante, propuesta por el apoderado de la demandada Protección S.A., y se abstiene de pronunciamiento de las demás excepciones planteadas, conforme a lo expuesto.

Segundo: ABSOLVER a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de Johon Édison Basabe Vargas, conforme a lo expuesto.

Tercero: en caso tal de que la presente decisión no sea apelada, se dispone el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá. Cuarta: sin condena en costas, en esta instancia.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la normatividad aplicable en este caso es la vigente para la fecha de estructuración de la invalidez, tal y como lo tiene sentado la CSJ; esto es, la ley 860 del 2003; que el demandante pretende que se tome como fecha de estructuración la fecha del accidente de tránsito 10 de agosto del 2016 a lo cual se opone la demandada como quiera que no reposa ningún dictamen que permita modificar la fecha de estructuración de la invalidez, pues para determinar tal situación la junta nacional de invalidez se basó en la historia clínica y en el manual único para pérdida de la capacidad laboral; que el artículo 3 del Decreto 1506 del 2014 define la fecha de estructuración como la fecha en la cual una persona pierde un grado o porcentaje de su PCL u ocupacional de cualquier origen como consecuencia de una enfermedad o accidente, la cual se determina con la evolución de las secuelas que ha dejado éste; que para el estado de invalidez esta fecha debe ser determinada para el momento en que la persona evaluada alcance el 50% de PCL u ocupacional; que esta fecha debe soportarse en la historia clínica y en los exámenes clínicos y en las ayudas diagnósticas y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral; que para aquellos casos en los que no exista una historia clínica se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad; pero que en todo caso la fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación y, además no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado



laborando y cotizando al sistema de seguridad social integral; que conforme a esa definición se evidencia que la fecha de estructuración se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado la enfermedad o el accidente y se determina con la evolución de esta, así como con la historia clínica y las demás ayudas con que cuente el calificador; que la CSJ ha explicado que la fecha de estructuración de la invalidez no siempre coincide con la fecha de la enfermedad o el accidente, toda vez que puede suceder que sus secuelas se manifiesten de forma posterior; que al revisar las pruebas obrantes al proceso se pudo determinar que la fecha de estructuración de la invalidez que estableció la junta nacional de calificación de invalidez en su dictamen no necesariamente debía coincidir con la fecha del accidente, el cual acaeció el 10 de agosto del 2016, máxime porque al revisar con detenimiento el contenido del dictamen se desprende que el mismo se realizó con base en la historia clínica del actor; que la carga probatoria era del demandante quien no cumplió con ella. Que el demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez. Que acreditó ser invalido, pero no las semanas con anterioridad a la fecha de estructuración.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación argumentando “*que no se está solicitando el cambio de la fecha de estructuración sino la aplicación del numeral 2° del artículo 1 de la ley 860 del 2003, esto es, que el tiempo de las 50 semanas de cotización se deben acreditar con 3 años de anterioridad a la fecha del hecho causante*”.

CONSIDERACIONES

En este asunto, no existió discusión respecto que mediante Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral N° 16015022-6312 del 14 de diciembre del 2017 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca calificó al señor **Johon Edison Basabe Vargas** determinando



que tenía una PCL del 57.06% con fecha de estructuración del 26 de septiembre del 2017. (Ver Expediente digital)

Ahora, tal y como lo dijo la apoderada de la parte demandante en su recurso, en este proceso no se solicita que se modifique la fecha de estructuración de la invalidez del señor **Johon Edison Basabe Vargas**, por lo que el estudio de la Sala, se centrará en determinar si al actor le asiste el derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez en los términos señalados en la demanda.

Es así como acreditado el porcentaje de PCL y que excede el 50%, en cuanto al requisito de cotización, ha sido pacífico el criterio emitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en la sentencia 39766 de 2011, que indica que **la normatividad aplicable para estudiar la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de dicho estado** y que para el caso de autos se reitera **lo fue el 26 de septiembre del 2017**, es decir que la pensión debe estudiarse con los presupuestos de la Ley 860 de 2003 que requiere que la persona hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la **fecha de estructuración de la invalidez**, en esta oportunidad **entre el 26 de septiembre del 2014 al mismo día y mes del año 2017**.

Nótese que, al hacer una lectura simple de la norma, ésta es clara al señalar que las 50 semanas que se exigen deben ser dentro de los 3 años anteriores **a la fecha de estructuración de la invalidez** y, no a la fecha en que ocurrió el accidente como lo pretende la apoderada de la parte actora.

Al revisar la historia laboral expedida por la AFP Protección se evidencia que el actor logró cotizar en toda su vida laboral 404.57 semanas y que en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez sólo acredita haber cotizado 39.42 semanas, es decir, que como efectivamente lo señaló el fallador de primera instancia no cumple con las 50 semanas exigidas en la norma; por tanto, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.



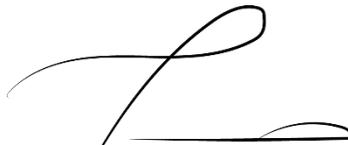
En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 33-2020-00227-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: JUAN CARLOS CASTRO FLÓREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 08 de septiembre del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JUAN CARLOS CASTRO FLÓREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE



que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez de conformidad con lo establecido en el artículo 39 y 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 860 del 2003 y lo contemplado en la Ley 797 del 2012 a partir del 21 de septiembre del 2018. Como consecuencia, se CONDENE a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de invalidez a partir del 21 de septiembre del 2018, junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas y las costas procesales.

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que nació el 13 de enero de 1971, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 49 años; que laboró al servicio de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO DE BOGOTÁ D.C.; que mediante concepto de medicina laboral expedido por MEDICOL SALUD dictaminó una PCL del 100% con fecha de estructuración del 15 de septiembre del 2017; que mediante la Resolución N° 3135 del 23 de marzo del 2018 la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO con aprobación de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. le reconoció una pensión de invalidez a partir del 25 de marzo del 2018; que el actor hizo cotizaciones a pensión en COLPENSIONES registrando un total de 600 semanas; que mediante dictamen N° 8265 del 13 de diciembre del 2018 Colpensiones le calificó una PCL del 62.07% de origen común con fecha de estructuración del 21 de septiembre del 2018; que solicitó el reconocimiento de una pensión de invalidez ante Colpensiones la cual le fue negada mediante la Resolución SUB 304565 del 05 de noviembre del 2019; que interpuso los recursos de ley sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle el 3 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones,



presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“Primero: DECLARAR que pensión de invalidez concedida a JUAN CARLOS CASTRO FLÓREZ, por parte de la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, a cargo del Magisterio, ES COMPATIBLE con la pensión de invalidez declarada en este proceso y a cargo de Colpensiones, de conformidad con las razones expuestas antes.

Segundo: DECLARAR que el señor JUAN CARLOS CASTRO FLÓREZ, identificado con cédula de ciudadanía N^o 17.345.320, tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, en los términos de la Ley 860 de 2003, con una tasa de reemplazo del 48%, en 13 mesadas, equivalente al SMLMV, a partir del 21 de septiembre de 2018, por la suma de \$ 788.492, acorde a las consideraciones realizadas en parte motiva de esta providencia

Tercero: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado a partir del 21 de septiembre de 2018 y hasta la inclusión en nómina de pensionados al demandante. Cifra que a la fecha de esta providencia, asciende a la suma de \$ 46.378.303 M/cte, según la liquidación final realizada por este Despacho.

Cuarto: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre el retardo en el pago de las mesadas pensionales causados a partir del 13 de diciembre de 2019 y hasta que se verifique el pago de las respectivas mesadas pensionales. Suma que a la fecha de esta sentencia asciende a al valor de \$ 9.732.301, sin perjuicio de los intereses que surjan con posterioridad

Quinto: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO frente a la pretensión de indexación. En consecuencia, ABSOLVER A LA DEMANDADA de este concepto.

Sexto: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones planteadas por la demandada, en especial la de PRESCRIPCIÓN y FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR.

Séptimo: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada. Se fijan como Agencias en Derecho la Suma de CUATRO (04) SMLMV.”



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que para que exista compatibilidad de una pensión es necesario revisar 1) el origen o el riesgo que se ampara, 2) la existencia de una reglamentación propia y, que no haya una norma que prohíba expresamente esa compatibilidad y, 3) la autonomía en la fuente de financiación. Indica que la CSJ habla de la aplicación del art. 31 del Decreto 692 de 1994 en donde se consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al fondo de protección social del magisterio y que reciban remuneración del sector privado tengan derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensión se administren en el fondo del RPMPD o RAIS diligenciando el correspondiente formulario de afiliación. Señala que los dineros recibidos por Colpensiones no pertenecen al erario público, por lo que no se puede aplicar la norma indicada por la demandada; y que en este caso existe una fuente de financiación distinta, por lo tanto, la pensión reclamada es compatible. Que no existe una norma que declare la incompatibilidad. Afirma que procede la prestación, pues cumple requisitos para acceder a ella, toda vez que el actor tiene una PCL del 62.07%. Que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de invalidez en cuantía de \$788.492 suma levemente superior al SMMLV y, a partir del 2019 se reajusta al salario mínimo: Que se condena a un retroactivo de \$46'378.303 hasta septiembre del 2022. Se condena al reconocimiento y pago de Intereses moratorios hasta que se incluya en nómina y desde el 13 de diciembre del 2019, pues la reclamación se dio el 13 de agosto del 2019. Finalmente, reitera que la pensión del magisterio es compatible con la pensión de invalidez.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandada Colpensiones** interpone recurso de apelación argumentando que una vez revisado el expediente del demandante se evidencia que goza de una pensión de vejez reconocida por la secretaria de educación del distrito mediante resolución 3135 del 23 de marzo del 2018 a partir del 25 de marzo del 2018, por lo que frente a la pensión de invalidez solicitada ante Colpensiones existe una incompatibilidad con la pensión ya reconocida. Indica que en la sentencia 06884 del 2018 el Consejo de Estado



estableció que para la pensión de jubilación el régimen aplicable al docente donde exista una doble asignación del tesoro público es que existe la prohibición de desempeñar más de un empleo público y más de una asignación que provenga del erario pública o empresas o instituciones donde haya una participación mayoritaria del estado. Que según el régimen aplicable a los docentes como lo es el artículo 81 de la ley 812 de 2003 las personas vinculadas al servicio educativo al entrar en vigencia dicha norma se encuentran amparadas por el RPMP contemplado en la ley 100 de 1993 y 797 del 2003 por su parte a los docentes vinculados con anterioridad a esa ley se aplicaran las disposiciones ratificadas en el párrafo transitorio primero del AL 01 del 2005, de esta manera el régimen pensional de los docentes nacionales vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 del 2013, pero los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de dicha ley tendrán derecho al RPMPD establecido en el sistema general de pensiones; que de acuerdo a la constitución de 1991 art. 128 dispone que nadie podrá desempeñar más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, por lo que las solicitudes en las que tengan mayor parte el estado la norma contiene la prohibición de desempeñar más de un empleo o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público; que de acuerdo al artículo 6 de la ley 60 de 1993 inciso 4 indicó que sobre el reconocimiento de las nuevas vinculaciones de la ley de 1989 todo el personal será vinculado al régimen del magisterio y se le respetara el régimen prestacional vigente conformándose así del tesoro público; que aquí la pretensión solicitada es que se le reconozca una pensión de invalidez que ya fue reconocida y la cual también provendría del erario público; que se reitera que los docentes afiliados al fondo nacional del magisterio son destinatarios de la normatividad de los empleados del orden nacional en virtud a lo ordenado por la ley 100 de 1993 y por la remisión prevista en la ley 91 de 1989 y 812 de 2013, por lo que no está llamada a prosperar la pretensión invocada. Que es un detrimento para el fondo la condena en costas cuando ella solo cumplió la ley.



CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, se encuentra que el problema jurídico se centra en establecer si al actor le asiste el derecho al pago de una pensión de invalidez correspondiente a los aportes efectuados al ISS hoy COLPENSIONES, teniendo en cuenta que es beneficiario de la pensión de invalidez que le reconociera el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En el presente, quedó probada como se indicó, la calidad de pensionado que ostenta el actor, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaria de Educación, mediante la resolución No. 3135 del 23 de marzo del 2018, en la que se le reconoció una pensión de invalidez al demandante a partir del 25 de marzo del 2018 en cuantía de \$4'654.665, y en la que se señaló como disposiciones aplicables la Ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969, el Decreto 2831 de 2005 y el Decreto 1655 de 2015, así mismo se evidencia que en dicha resolución se tuvo en cuenta únicamente el tiempo servido como Docente Distrital conforme el certificado de tiempo de servicios y salarios expedido por la Secretaria de Educación del Distrito.

En punto a la compatibilidad de la pensión reclamada en esta oportunidad por las cotizaciones realizadas al RPM a través de Colpensiones, que dicho sea de paso, tampoco fue objeto de discusión que ascienden a 600.29 semanas cotizadas conforme documental contentiva de historia laboral visible en el archivo "10HistoriaLaboral"; se tiene que como bien lo adujo el juzgador de instancia, la prestación pensional reclamada no resulta incompatible con la prestación de invalidez que disfruta el demandante como recientemente lo reiteró la Sala Laboral del CSJ en sentencia SL 1127 del 9 de marzo de 2022, oportunidad en que señaló:

Pues bien, en relación con el primer interrogante, de entrada debe destacarse que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció el límite del régimen prestacional de los docentes oficiales hasta el 27 de junio de 2003 –fecha en que la ley fue publicada en el Diario Oficial-, pues quienes se vincularan a partir de ahí se registrarían por las previsiones del sistema general de pensiones, tal disposición mantuvo el régimen exceptuado para quienes estaban vinculados con anterioridad a este cambio normativo, previsión que a su vez



conservó el Parágrafo Transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que es justamente el caso del demandante.

De ahí que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado y particulares simultáneamente y con anterioridad a aquella fecha, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial (CSJ SL2649-2020 y CSJ SL3775-2021). Sobre el particular, en esta última sentencia la Sala indicó:

El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.

De modo que es perfectamente válido que una persona preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, con la posibilidad de que dichos aportes sean trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional y sin que por ello se genere alguna incompatibilidad entre las prestaciones económicas que cada régimen reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013), como sucede en el caso.

*Por último, a pesar que no se discute en casación importa destacar que mediante Resolución n.º 16665 de 2002 la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal le reconoció al actor una pensión de jubilación, **prestación que si bien es de origen legal, lo cierto es que es compatible con las cotizaciones que se pretenden compensar y la pensión de jubilación oficial conforme el artículo 3.º de la Ley 114 de 1913, en concordancia con el artículo 19 literal g) de la Ley 4 de 1992, dado que corresponde a la «pensión gracia» que le fue concedida al actor por el tiempo que laboró como docente del Departamento de Antioquia -25 de abril de 1980 hasta 30 de septiembre de 2002-.** (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme reciente criterio jurisprudencial en cita, se tiene que en nada es incompatible la prestación de que ya disfruta el demandante con la pensión de invalidez que reclama por los aportes que realizó ante el entonces ISS hoy Colpensiones, pues dicha compatibilidad encuentra justificación en la misma normatividad legal y así lo indica el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al señalar que las prestaciones del Magisterio, son **compatibles** con las pensiones del sistema general, a su vez, dichas cotizaciones efectuadas



al ISS, no se tuvieron en cuenta a efectos de reconocer la prestación ya reconocida al demandante.

Así las cosas, encuentra esta Colegiatura que no es de recibo el argumento presentado por COLPENSIONES en el que indica que el reconocimiento de la pensión de invalidez a cargo de Colpensiones, resulta incompatible con la prestación que percibe actualmente el demandante, por cuanto tal planteamiento carece de todo respaldo jurídico, tal como lo ha manifestado en varias oportunidades la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, para lo cual se trae a colación la sentencia proferida en el proceso radicado bajo el No. 24062 del 14 de febrero de 2005 en la cual señaló que las pensiones que reconoce el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, no se consideran como provenientes del tesoro público, toda vez que los aportes que realizan tanto los empleadores y los afiliados constituyen un fondo económico común, que es de propiedad de la entidad, siendo esta una simple administradora de los mismos.

Por tanto, la pensión de invalidez a cargo de Colpensiones, en el presente caso, no es incompatible con la pensión de invalidez que le fue otorgada al actor por el Magisterio, por cuanto ésta se realizó con cotizaciones y por tiempos de servicios diferentes.

Por lo anterior resulta claro que al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en los términos del artículo 39 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 860 del 2003, tal y como acertadamente lo dijo el Juez de instancia, pues dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración -21 de septiembre del 2018-, cuenta con más de 50 semanas; por lo que acertó al reconocer la pensión a partir del **21 de septiembre del 2018**.

En cuanto a la liquidación de dicha prestación, en los términos del artículo 21 y 40 de la Ley 100 de 1993, encuentra la Sala que efectivamente le corresponde una mesada inicial de \$788.492 la cual debe ser reajustada conforme lo indicado por el fallador de primera instancia.



Intereses moratorios Sobre el particular conviene precisar que la doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden como lo indica dicha normatividad en el evento en que haya mora en el pago de las mesadas pensionales; en el caso bajo estudio, resulta clara la demora en que incurrió la demanda en efectuar reconocimiento pensional de la demandante ya que se demostró que para la data en que elevó la petición para el efecto, cumplía con los requisitos para ser beneficiario de la prestación reclamada, habiendo lugar a condenar a la demandada a pagar dicho rubro a partir de la data en que señaló el juzgador de primer grado, esto es, 13 de diciembre del 2019, 4 meses luego de elevada la solicitud para reconocimiento pensional que data del 13 de agosto de 2019.

Prescripción Sobre el particular es claro que no se configuró el fenómeno prescriptivo en esta oportunidad por cuanto se determinó que el reconocimiento pensional opera a partir del año 2018 y la acción judicial objeto de pronunciamiento, fue radicada en el año 2020.

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

Por todo lo anterior, habrá de **confirmarse** en su totalidad la sentencia proferida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.



SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2019-418-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CRISTINA DUQUE SÁENZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora CRISTINA DUQUE SAENZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad por ineficacia de la afiliación y traslado que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión del deber de información de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que se declare que el traslado de régimen obedeció a la omisión de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información, engaño, error y asalto de la buena fe y que su afiliación al RPM, administrado por el ISS hoy Colpensiones, en virtud de la nulidad del traslado, permaneció incólume y, por ello, surte todos los efectos legales, que Porvenir S.A., debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, así como los demás dineros aportados por la actora durante todo el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS.

Como consecuencia de tales declaraciones peticona se ordene el traslado y la afiliación a Colpensiones, como administradora del RPM y, por ello, inscribir sin solución de continuidad su afiliación como si nunca se hubiere ido del mismo. Por último, solicita a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, así como los demás dineros aportados por la demandante durante todo el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 5 de agosto de 1964, que en abril de 1994, prestaba sus servicios subordinados para la empresa Colrecursos Ltda., que dicha empresa en su personal directivo, tenía contratada a la señora Martha Forero, quien era la encargada de manejar toda el área administrativa y contable de la empresa, que Colrecursos Ltda., en 1994, manejaba su portafolio bancario de cuentas corrientes con el Banco de Bogotá S.A., que la señora Martha Forero tomó ventaja comercial y con miras de ayudar a un familiar suyo, el señor Ricardo Forero Cárdenas, requirió a los empleados de Colrecursos Ltda., para que se trasladaran de régimen de pensiones y legalizaran su vinculación al fondo de cesantías, que el señor Ricardo Forero Cárdenas en 1994, se desempeñaba como asesor comercial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., que Porvenir S.A., pertenece a la organización bancaria conocida como el Grupo Aval.

Refiere que la señora Martha Forero, empleada de la empresa Colrecursos Ltda., en nombre del señor Ricardo Forero Cárdenas, asesor comercial de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Porvenir S.A., le entregó para su firma el formulario de traslado de régimen de pensiones en la mañana del 11 de abril de 1994, esto es, pasada solamente una semana de entrada en vigor del RAIS administrado por Porvenir S.A., que el señor Ricardo Forero Cárdenas sólo le explicó que la suscripción del formulario lo era por una correcta política de afiliación que había emprendido Colrecursos Ltda., más porque el ISS próximamente se liquidaría y, por ello, perdería su pensión, que jamás realizó una reunión privada o individual para explicarle las circunstancias del traslado de régimen de pensiones.

Indica que el 11 de abril de 1994, sin recibir la información técnica, transparente, equitativa y adecuada y, por móviles erróneos, firmó el formulario de solicitud de vinculación a Porvenir S.A., que el señor Ricardo Forero Cárdenas no contaba con el título ni formación profesional en el Régimen General de Seguridad Social en Pensiones ni conocía las particularidades del RPM ni del RAIS, que no le informó sobre los riesgos que existían por trasladarse al RAIS, que no le indicó que la pensión de vejez que le reconocería el fondo privado de pensiones resultaría inferior a la pensión vitalicia que le reconocería el RPM ni que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital podría resultar insuficiente, que a la fecha de presentación de la demanda, exige como capital base para el reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía de 1 SMLMV, la suma de \$250.000.000.

Expone que nunca le informó que los cálculos estimados estaban sometidos al vaivén del mercado ni que el valor de la pensión y el tiempo de su pago dependería de la modalidad que escogiera, que no se le explicó que era un bono pensional ni que la negociación del bono pensional implicaba un importante sacrificio financiero, que no se le señaló cómo operaba financieramente el fondo privado, que por la omisión en la información suministrada por el asesor, hizo que renunciara, sin saberlo, al derecho de tener una mejor pensión en la forma reglada por el RPM, que la decisión jamás fue espontánea, voluntaria, libre, por cuanto se le ocultó la información vital.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por último, señala que el 7 de mayo de 2019, se agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones y a la fecha no se ha respondido, que el 8 de mayo de 2019, solicitó a Porvenir S.A., la entrega de los soportes, proyecciones y asesoría que le entregó al momento de surtirse el traslado de régimen de pensiones, que Porvenir S.A., solamente le envió el formulario de afiliación 016767 del 11 de abril de 1994, pero no le remitió ningún soporte que acredite la información dada para promover su traslado de régimen el 11 de abril de 1994.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 30, no ser un hecho los No. 8 a 10 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 7 a 10 y 31 a 33, manifestó no constarle los No. 2 a 6 y 30 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora CRISTINA DUQUE SÁENZ, identificada con CC. 20.422.067, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el día 11 de abril de 1994, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante señora, CRISTINA DUQUE SÁENZ, identificada con CC. 20.422.067, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 11 de noviembre de 1988, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma de \$300.000. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que el litigio giraba en torno a determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado y de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por Porvenir S.A., efectuada el 11 de abril de 1994, y como consecuencia de ello, si Porvenir S.A., debe trasladar todas las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora que hubieran sido descontados y reposaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada a Colpensiones, y si debía aceptar dichos valores y activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media, declarando como única afiliación válida la efectuada por la demandante el 11 de noviembre de 1988, al ISS hoy Colpensiones.

Que no había ofrecido discusión que la demandante proviene del RPM y solicitó trasladarse al fondo de pensiones administrado por Porvenir S.A., el 11 de abril de 1994, conforme se desprendía del formulario de vinculación suscrito. Refirió que el deber de información primero iba desde 1993, hasta el 2009; posteriormente, el deber de información y buen consejo del 2009, al 2014; y finalmente, el deber de información, buen consejo y doble asesoría a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

partir del año 2014, en adelante, como lo había referido la CSJ en sentencias SL 2518 de 2021 y SL 3034 de 2021, en las que explicó el alcance y contenido mínimo del deber de información en cada etapa.

Igualmente, la jurisprudencia del órgano de cierre había precisado que en el campo de la seguridad social existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado que garantice que un usuario antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, comprenda las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es, que previamente ha recibido una información clara, cierta, comprensible y oportuna, luego el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, que ante la omisión de dicho deber por parte del fondo el afiliado cuenta con la posibilidad de solicitar la declaratoria de la ineficacia de su afiliación o traslado al RAIS en eventos en que no se demuestra suficiente información o consentimiento informado, imponiendo la carga de la prueba al fondo de acreditar que sus asesores brindaron de forma clara y veraz las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y las incidencias que podría traer su traslado a su derecho pensional.

Que los fondos de pensiones tienen a su cargo el deber de información, así como el de obtener un consentimiento informado sin que puedan alegar para su validez la manifestación libre y voluntaria de una persona cuando desconoce la incidencia que puede traer el traslado sobre su derecho prestacional y entender satisfecho dicho requisito con una simple expresión genérica, razón por la cual la suscripción del formulario respectivo no constituía prueba suficiente del consentimiento que debe brindar el afiliado para validar el traslado.

Que en sentencia SL 373 de 2021, la Corte reiteró que los administradores de fondos de pensiones, les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir la carga de la prueba al afiliado constituye un despropósito en la medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que sólo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió con dicha



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

obligación. Adicionalmente, ha considerado que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, no resulta razonable toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto del afiliado a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros, artículo 11 literal b) Ley 1328 de 2009.

Que la demandante había efectuado su traslado del RPM al RAIS, el 11 de abril de 1994, el deber de información a cargo de la demandada Porvenir S.A., se enmarcaba en el primer periodo, durante el cual debía brindarse a la accionante la información clara y transparente en los dos regímenes pensionales. Revisadas las pruebas allegadas al plenario, el fondo demandado se limitaba a aportar el formulario de vinculación y los consolidados de aportes y de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, de este formulario de vinculación se evidenciaba que se trata de una afiliación general; no obstante, del contenido de dicho documento no se infiere que esta administradora de manera previa a la suscripción de dicha solicitud hubiese proporcionado o dado a conocer a la demandante la información completa y comprensible que le permitiera claridad sobre la trascendencia de su decisión como lo era la elección de un nuevo régimen pensional.

En cuanto al interrogatorio de parte, de este no se derivó confesión alguna, no configurándose los actos de relacionamiento alegados por la permanencia de la demandante en el RAIS desde el año 1994, circunstancia que junto con la prueba recaudada, no permiten establecer vocación de permanencia en el régimen o que contara con todos los elementos para forjar plena convicción de su elección, en tales términos se ha pronunciado el órgano de cierre en sentencias como la SL 1055 de 2022, resultando indiscutible que la demandada Porvenir S.A., omitió al momento del traslado de régimen el deber de información con la demandante en los términos vistos, pues no comunicó las condiciones que debía cumplir para dicha expectativa y las consecuencias derivadas del cambio, ello deriva en la ineficacia del traslado realizado con las respectivas consecuencias, tales como el traslado del saldo existente en la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

cuenta de ahorro individual de la demandante, bonos pensionales junto con sus rendimientos financieros y sumas adicionales de la aseguradora.

En consecuencia, se declararía la ineficacia del traslado realizado por la señora Cristina Duque Sáenz a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 11 de abril de 1994, debiendo esta última devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos causados, los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora sin lugar a descuento alguno; ordenando a Colpensiones aceptar tales valores y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante el 11 de noviembre de 1988, situación que deberá incluir en su base de datos y sistema de información de historia laboral.

En cuanto a la excepción de prescripción, reiteró el criterio pacífico de la jurisprudencia laboral en sentencias como la SL 589 de 2022, según la cual, al tratarse de traslado de régimen pensional, la acción resultaba imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación de manera parcial en contra de la absolución de las costas en contra de Colpensiones y objetando oportunamente lo correspondiente al valor de las costas fijadas en contra de Porvenir, desde la contestación de la demanda Colpensiones solicitó la absolución por este concepto de costas y agencias en derecho. Sin embargo, la misma resulta improcedente, teniendo en cuenta que, a pesar de que esta persona jurídica no le consta ninguna de las situaciones de tiempo, modo y lugar como ocurrió el traslado ni de tener los elementos probatorios para oponerse a las pretensiones de la demanda, sí se opuso mediante las excepciones de mérito y formuló hechos para oponerse a la propia demanda.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Igualmente practicó la prueba de interrogatorio de parte, en la cual realizó 18 preguntas, todas buscando la confesión de la afiliada demandante, que haberlo logrado tal como lo pidió en sus alegatos de conclusión al requerir explícitamente la aplicación del artículo 191 del CGP hubiera logrado la absolución de las pretensiones de la demanda; en este caso, de la ineficacia del traslado. De tal manera que, la invitación que tuvo a este proceso no se trató de una invitación protocolaria sino que se trató de una invitación procesal judicial, en la cual ejerció su derecho de defensa en todas las etapas del proceso y que incluso interpondrá el recurso de apelación.

Dicho la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y concordante con el artículo 361 del CGP, la imposición de las costas y agencias en derecho resulta de una valoración objetiva más no subjetiva, es decir, no se impone o se absuelve a las costas por la actuación que pudo o no tener al momento del traslado en abril de 1994, sino por la actividad procesal que llevó a que este proceso tuviera toda la garantía constitucional que se establece en el artículo 21 de la Constitución Política de Colombia.

La demandada **Colpensiones**, recurrió solicitando se configuraba indebida valoración probatoria, puesto que en el proceso se pudo llevar a un conocimiento pleno, a pesar de que Colpensiones es un tercero de buena fe y no estuvo presente en esta relación contractual, de que efectivamente para la fecha en que realizó el traslado la demandante se le brindó una información por parte de la directora de recursos humanos, como lo manifestó en el interrogatorio de parte; de igual manera, que no solicitó el retorno al RPM en la oportunidad y ello se debe entender como una confesión que es un medio de prueba.

Por otro lado, existe una prohibición legal y al momento en que la demandante solicita el retorno al RPM o busca que se le brinde una información porque supuestamente no se le brindó de manera oportuna, la demandante ya estaba inmersa en la prohibición descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, como se manifestó en oportunidad en los alegatos de cierre. De igual manera, se busca en las pretensiones de la demanda es la nulidad y para ello la carga de la prueba la tiene la parte demandante de acreditar vicios en el consentimiento



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de conformidad con el artículo 1740 del Código Civil, si bien se declaró la ineficacia en el traslado, lo cierto es que se hizo una inadecuada interpretación o aplicación del artículo 1604 del Código Civil pues se habla de la responsabilidad del deudor. Sin embargo, en ese aparte de la misma dice que a excepción de las disposiciones especiales en materia y pues si existen disposiciones especiales para ello, como es el contrato bilateral, entre otras normas que determinan que la AFP no podía dejar de afiliarse o aceptar en este régimen a la demandante por falta de información. Por lo tanto, dicho traslado se hizo conforme a la ley.

Indicó que con esta decisión, se afectaría los demás afiliados del esquema del RPM porque ellos si han venido haciendo sus aportes voluntarios y la demandante ya está inmersa en una prohibición, lo que quiere decir que está presuntamente cumpliendo con cada uno de los requisitos preestablecidos por la norma para el reconocimiento pensional, esto es, la edad y un presunto monto de semanas cotizadas y, por lo tanto, se beneficiaría a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados y como se expuso en los alegatos, pues las sentencias C-1024 de 2004, la SU-062 de 2010, y la SU-130 de 2013.

En cuanto a la carga de la prueba, aludió que se está hablando de hechos que ocurrieron en el año 1994, la asesoría fue de manera verbal y la demandante es la única que puede allegar al conocimiento del juez de que efectivamente si se le brindó esa información y lo cierto es que a lo largo del interrogatorio se pudo determinar de que hubo evasiva y omisión por parte de la misma, por lo tanto, tiene que ser valorado y se tenía que haber valorado en contra de ella; entendiéndose que bajo los principios de buena fe y legalidad en la que actúa cada uno de los fondos si se brindó esa información.

Respecto a la condena en costas, siempre se condena es a la parte vencida en juicio y en esta oportunidad Colpensiones se vincula al proceso en la parte pasiva, puesto que si se realiza la declaratoria de ineficacia se legalizaran unas ordenes especiales como es recibir los aportes y, posterior, la afiliación en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

dicho régimen; por lo tanto, no pierde en el proceso sino simplemente es un tercero que se ve afectado por dicha declaratoria de ineficacia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora CRISTINA DUQUE SÁENZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de traslado que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 11 de abril de 1994, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

Sobre el particular, si bien se petitionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, como lo pone de presente Colpensiones en su recurso, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Cristina Duque Sáenz, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como tampoco información acerca de su situación pensional particular y en interrogatorio de parte vertido por esta, señaló que no hubo ninguna asesoría por parte de Porvenir S.A., no siendo de su resorte investigar la veracidad de tal afirmación, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada a la señora Cristina Duque, quedando así demostrado que la demandada Porvenir S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, no pudiéndose considerar dicho traslado como libre y voluntario contrario a lo que señala Porvenir S.A., en alegaciones.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la demandante, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Es así como en estos casos, tampoco es resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló, alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

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

De otra parte y si bien la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Ahora, el retorno de la demandante al RPM, no implica que perjudique las prestaciones de los demás afiliados, para lo cual, suficiente resulta señalar que el traslado de los conceptos ordenados, entrarán a hacer parte del fondo común que administra Colpensiones, ayudando a financiar las prestaciones de sus afiliados.

En cuanto a la absolución de condena en costas que alega la parte demandante, se tiene que le asiste razón en este punto ya que Colpensiones, resultó vencida en juicio en los términos del artículo 365 del CGP, ya que en su contra se imponen obligaciones; por lo que se **adicionarán** el numeral QUINTO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que dicha condena, también procede en contra de Colpensiones.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral QUINTO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que dicha condena, también procede en contra de Colpensiones.

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

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900418-01 Dte.: CRISTINA DUQUE SÁENZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2019-605-02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA INÉS HERNÁNDEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo de fecha 23 de agosto de 2022 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA INÉS HERNÁNDEZ, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que nació el 28 de noviembre de 1956, que se afilió al ISS desde el 24 de febrero de 1982, que laboró al servicio del Hospital de Kennedy entre la data en mención y hasta el 31 de mayo de 2018, para un total de 1872 semanas, que a 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad y al 29 de julio de 2005, contaba con más de 1200 semanas cotizadas, por lo que es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para obtener reconocimiento de pensión de vejez, al igual que con lo previsto en la Ley 33 de 1985 por haber laborado para el Hospital de Kennedy; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada a reconocer y pagarle pensión de vejez a partir del 1

de junio de 2018, fecha en que efectuó la última cotización y conforme al principio de la condición más beneficiosa junto con intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de noviembre de 1956, que se afilió al ISS como trabajadora independiente desde el 24 de febrero de 1982, que laboró al servicio del Hospital de Kennedy desde la data en mención y hasta el 31 de mayo de 2018, acumulando 1872 semanas de cotización, que a 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad y a la entrada en vigencia del AL 01 de 2005 había cotizado más de 1200 semanas, que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cumple con los requisitos de densidad de cotizaciones y semanas previstos en el Acuerdo 049 de 1990 y en la Ley 33 de 1985, que elevó solicitud de reconocimiento pensional el 27 de marzo de 2018, a la que Colpensiones respondió que no se encontraba afiliada a dicho fondo, que el 10 de junio de 2019, esa entidad expidió historia laboral y se encuentra debidamente agotada la reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 3, 5 a 7, 10, 12 y 13 a 15 y 7, manifestó no constarle el No. 3 y negó demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión vejez a la demandante la señora MARÍA INÉS HERNÁNDEZ DE CORREA, identificada con la C.C. No. 35.333.282, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de la misma anualidad, incluyendo los tiempos públicos y privados cotizados durante toda su vida laboral, con una tasa de remplazo del 90%, a partir del 2 de mayo de 2018 data de su desafiliación al sistema, en una mesada inicial de \$2.212.687, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a pagar a la demandante a un retroactivo pensional a partir del 2 de mayo de 2018, respecto de las diferencias entre las mesadas canceladas y las correspondientes conforme la reliquidación ordenada, que con corte al 31 de julio de 2022 ascendería a la suma de \$16.840.304, sin perjuicio de las diferencias que se sigan causando hasta que se haga efectivo su pago debidamente indexado.

TERCERO: AUTORIZAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso tercero del Decreto 692 de 1994, a realizar las Deducciones para cotización en salud respecto del retroactivo pensional con destino a la EPS a la que esté afiliada la demandante.

CUARTO: DECLARAR NO PROBRADAS las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se había establecido en el trámite del proceso que Colpensiones le había reconocido pensión a la demandante en resolución SUB 884496 de 2020, en virtud de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que esa entidad negó la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, precisando que resultaba improcedente por cuanto a 1 de abril de 1994, no había efectuado cotizaciones a esa entidad ya que habían sido con destino a otra; que en cuanto a la procedencia del reconocimiento pensional bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para el efecto los tiempos cotizados al servicio público y privado, la Sala Laboral de la CSJ, había rectificado su criterio jurisprudencial admitiendo la posibilidad de sumar dichos tiempos de naturaleza pública y privada cotizados o no al ISS, para el reconocimiento pensional de que trata el acuerdo en mención, admitiendo igual posibilidad para la reliquidación pensional.

Que conforme al criterio expuesto en la citada jurisprudencia, resultaba procedente computar la totalidad de los aportes realizados por la actora al sector público y privado para reconocimiento pensional del Acuerdo 049 de 1990, en virtud de la aplicación del régimen de transición; en cuanto a dicho régimen, verificado el caudal probatorio, se determinaba que la demandante a 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad, que respecto a las previsiones del AL 01 de 2005 para conservar el mismo, se advertía que la demandante entre el 24 de febrero de 1982 al 25 de julio de 2005, 1219

semanas superando las 750 requeridas para conservar dicho régimen hasta el año 2014.

Que en cuanto al cumplimiento de los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder al reconocimiento pensional bajo dicha normatividad, debía acreditar el cumplimiento de 55 años de edad, 500 semanas de cotización en los 20 años previos al cumplimiento de la edad o 1000 en cualquier tiempo, para el caso de la demandante, de documental contentiva de historia laboral y formatos clep, acreditaba un total de 1700 semanas cotizadas entre el 24 de febrero de 1982, al 1 de mayo de 2018, data de la última cotización, incluyendo la totalidad de tiempos públicos y privados, cotizados o no cotizados al ISS, de los cuales, 1087 correspondían a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, acreditándose así el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma en cita para acceder a la prestación pensional de vejez conforme sus parámetros.

En cuanto al IBL con que se debía reconocer la prestación, señaló que se debía determinar de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios sobre los cuales se cotizó los últimos 10 años o todo el tiempo si este fuera superior y efectuadas las operaciones aritméticas, para el caso de la actora le resultaba más favorable calcular su IBL con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, obteniendo como tal, la suma de \$2.458.541, al que al aplicar el 90% como tasa de reemplazo, teniendo en cuenta la densidad de semanas cotizadas, arrojaba una mesada pensional inicial para el 2018 de \$2.212.687, la cual resultaba superior a la reconocida por la pasiva, que ascendía a \$1.930.914, habiendo lugar al pago de las diferencias, debiéndose condenar a la demandada a pagar la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 2 de mayo de 2018 y en la cuantía señalada.

En cuanto a la excepción de prescripción refirió que esta se había solicitado ante la demanda el 27 de marzo de 2018, y la demanda se sometió a reparto el 4 de septiembre de 2019, no había transcurrido el término trienal, debiéndose condenar al pago de retroactivo pensional a partir del 2 de mayo de 2018, respecto de las diferencias causadas entre la pensión reconocida por acto administrativo y la reliquidación cuya procedencia se concluía con corte al 31 de julio de 2022, que ascendería a una suma de \$16.840.304,

sin perjuicio de las diferencias que se sigan causando hasta que se haga efectivo su pago, el que se debía cancelar de manera indexada.

Respecto a los intereses moratorios señaló que la reliquidación pensional se daba por virtud de cambio jurisprudencial, el cual sólo competía al poder jurisdiccional y no podía ser aplicado por la entidad.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte demandada que la demandante solicitó reconocimiento pensional en el año 2019 a través de una tutela que le fuera concedida, en ese sentido, esa entidad no incurrió en error al momento del reconocimiento pensional que efectuó en su favor pues si se analizaba la fecha en que fue reconocida la pensión de vejez, comparada con la fecha en que fue proferida sentencia SL 1947 de 2020, esta databa del 1 de julio de 2020 y si bien en esta se dio luz verde para computar tiempos públicos y privados en aras de obtener reconocimiento pensional conforme los parámetros del acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que nada dijo la Corte en dicha oportunidad respecto de la reliquidación pensional, esa posibilidad solo se dio para acceder al reconocimiento de la pensión de primera mano y no para reliquidación.

Que para el reconocimiento pensional que efectuó, tuvo en cuenta la normativa vigente para la data en que lo realizó, sí tuvo en cuenta el régimen de transición de que era beneficiaria la actora, no obstante, se reconoció la prestación a la luz de la Ley 797 de 2003, por serle más favorable a la demandante y en ese momento no era posible computar tiempos públicos y privados para la prestación de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, se tiene que no ofreció reparo que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por virtud del cual, la demandada resolvió su solicitud de reconocimiento pensional en resolución SUB 84496 del 31 de marzo de 2020, estudiando la procedencia del mismo, bajo los parámetros de las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, para finalmente efectuar el

mismo bajo las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se observa de dicho acto administrativo aportado en expediente digital; tal calidad de beneficiaria del régimen en mención y su extensión en el caso de la actora hasta diciembre de 2014, se corrobora con documental contentiva de historia laboral expedida por la demandada, así como la resolución en comento, que dan cuenta que a noviembre de 2011, data para la cual, la señora María Inés alcanzó los 55 años de edad, ya contaba con más de 1300 semanas de cotización, siendo claro que cumplió con los requisitos para acceder a derecho pensional conforme las previsiones del régimen de transición, previo a la expiración final de este.

Ahora bien, como lo indica la demandada en su recurso, su actuar de reconocer derecho pensional como en la forma señalada en resolución a que se hizo alusión, previo estudio de los requisitos para el efecto señalados en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, obedeció a que teniendo en cuenta que esta última norma permite computar tiempos públicos y privados, no así, el Acuerdo 049 de 1990, y en tal orden de ideas, no era caprichoso por parte de la entidad, no acceder al reconocimiento pensional conforme al Decreto 758 de 1990, criterio que venía siendo asumido de igual manera por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, la anterior postura fue modificada por esa Corporación, que se constituye como el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, mediante la sentencia SL1947 del 1 de julio de 2020, radicación 70918, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez, en el sentido que:

“A las pensiones derivadas régimen de transición de la Ley 100 de 1993 le es aplicable el cómputo de tiempos públicos y privados, pues i) pertenecen al sistema general de seguridad social, ii) los aportes a seguridad social del afiliado se basan en el “trabajo humano” al margen del sector público o privado en el que hayan prestado los servicios y iii) si bien se conserva la edad, el tiempo y el monto de la ley anterior, en lo demás son gobernadas por la mencionada ley que, finalmente, es la fuente que permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación”.

Ahora bien y en punto a la reliquidación conforme los parámetros antes señalados y que reprocha la entidad recurrente, contrario a lo señalado por esta, la CSJ ha aceptado la posibilidad de dicha acumulación de tiempos

públicos y privados en tratándose de **reliquidación** y no sólo para reconocimientos primigenios, así lo indicó en sentencia SL 1078 de 2023, M.P. Ómar Ángel Mejía, oportunidad en que indicó:

*Pues bien, le asiste razón a la recurrente por cuanto la jurisprudencia actual de la Corporación es partidaria de que si **es acumulable el tiempo de servicios públicos no cotizados al ISS con el fin de obtener una reliquidación de la pensión de vejez, siguiendo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. (Negrilla fuera del texto original)***

Es necesario precisar que en el caso sub examine se excluye del debate probatorio la calidad de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, su edad y número de semanas cotizadas que en este caso asciende a 1221.

Y, debe la Sala memorar que abandonó el criterio de que no era permitido acumular el tiempo de servicios no cotizados al ISS del sector público con el cotizado en la demandada desde la sentencia CSJ SL1981-2020, reiterada en CSJ SL3110-2020, SL4480-2020, SL182-2021 y SL3801-2021).

En cuanto a la interpretación que debe darse a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 y la sumatoria de tiempo de servicios en el sector público no cotizados al ISS se dijo en sentencia CSJ SL3801-2021 que:

1. EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 ES CLARO EN QUE PARA LA PENSIÓN DE VEJEZ DE LOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN SE DEBE TENER EN CUENTA LA SUMATORIA DEL TIEMPO DE SERVICIO PÚBLICO Y LAS SEMANAS COTIZADAS AL ISS O A ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL.

Conforme lo señalado en precedencia, no se observa impedimento alguno en disponer la reliquidación pensional en la forma en que lo refirió la decisión de instancia, sin que la fecha en que varió el criterio jurisprudencial a que se hizo alusión, impida de ninguna manera acceder a dicha reliquidación, pues es bien sabido que los derechos pensionales son irrenunciables y la reliquidación bajo estudio se puede solicitar en cualquier tiempo sin perjuicio de la figura de la prescripción; máxime cuando dicho criterio, no hizo diferenciación alguna en cuanto a interregnos temporales para acceder a la reliquidación pretendida.

Ahora en cuanto al monto pensional, debe ser calculado conforme lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo cotizado por la actora durante los últimos 10 años y una tasa de

reemplazo del 90% dada la densidad de semanas cotizadas por la demandante que según historia laboral, ascienden a 1729, correspondiéndole una mesada pensional para el año 2018 de \$2.212.632 conforme liquidación efectuada por el grupo designado para tal efecto por esta corporación.

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
2006	123	58,700	96,92	1,651	\$ 1.194.658,54	\$ 1.972.509,46	\$ 8.087.288,79	
2007	336	61,330	96,92	1,580	\$ 1.476.773,81	\$ 2.333.750,49	\$ 26.138.005,50	
2008	337	64,820	96,92	1,495	\$ 1.668.495,55	\$ 2.494.763,79	\$ 28.024.513,20	
2009	264	69,800	96,92	1,389	\$ 1.805.920,45	\$ 2.507.590,41	\$ 22.066.795,59	
2010	353	71,200	96,92	1,361	\$ 1.819.866,86	\$ 2.477.268,20	\$ 29.149.189,12	
2011	345	73,450	96,92	1,320	\$ 1.781.078,26	\$ 2.350.198,84	\$ 27.027.286,70	
2012	275	76,190	96,92	1,272	\$ 1.892.200,00	\$ 2.407.035,36	\$ 22.064.490,79	
2013	298	78,050	96,92	1,242	\$ 2.017.130,87	\$ 2.504.808,77	\$ 24.881.100,41	
2014	282	79,560	96,92	1,218	\$ 1.991.166,67	\$ 2.425.639,43	\$ 22.801.010,68	
2015	285	82,470	96,92	1,175	\$ 2.160.108,77	\$ 2.538.592,73	\$ 24.116.630,90	
2016	251	88,050	96,92	1,101	\$ 2.399.414,34	\$ 2.641.127,07	\$ 22.097.429,78	
2017	360	93,110	96,92	1,041	\$ 2.441.833,33	\$ 2.541.751,55	\$ 30.501.018,58	
2018	91	96,920	96,92	1,000	\$ 2.658.087,91	\$ 2.658.087,91	\$ 8.062.866,67	
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2018	\$ 295.017.626,69	
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación				\$ 2.458.480,22		
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado				90%		
		Primera mesada				\$ 2.212.632,20		
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2018	\$ 781.242,00	

Así las cosas, al resultar levemente inferior la mesada pensional hallada en esta instancia, se **dispondrá MODIFICAR en grado de consulta a favor de la demandada** los numerales PRIMERO y SEGUNDO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar como primera mesada pensional la suma de \$2.212.632 y como retroactivo de diferencias pensionales, la suma de \$16.508.762, conforme liquidación del mismo que se transcribe a continuación:

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
02/05/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.212.632,20	\$ 1.930.414	\$ 282.218,20	8,97	\$ 2.530.556,5
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.282.994,00	\$ 1.991.801	\$ 291.192,83	13,00	\$ 3.785.506,9
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.369.748,00	\$ 2.067.489	\$ 302.259,00	13,00	\$ 3.929.367,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.407.901,00	\$ 2.100.776	\$ 307.125,43	13,00	\$ 3.992.630,6
01/01/22	31/07/22	5,62%	\$ 2.543.225,00	\$ 2.218.839	\$ 324.385,84	7,00	\$ 2.270.700,9
Total retroactivo							\$ 16.508.761,81

Prescripción

Determinada la procedencia de reliquidar la prestación de la actora, se observa que esta elevó reclamación administrativa para reconocimiento pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, el 27 de marzo de 2018, como se corrobora en resolución SUB 84496 expedida por la demandada y radicó la acción judicial objeto de pronunciamiento, el 4 de

septiembre de 2019; siendo claro que no transcurrió el término prescriptivo en esta oportunidad como lo concluyó la decisión de primer grado.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar como primera mesada pensional la suma de \$2.212.632 y como retroactivo de diferencias pensionales, la suma de \$16.508.762, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO: 02-2017-806-01

DEMANDANTE: CLARA AMANDA MEDINA RODRÍGUEZ

DEMANDADO: REBI SAS

En la ciudad de Bogotá D.C. a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la sala de decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes quienes manifestaron ratificarse en los argumentos esbozados a lo largo del trámite procesal.

PRETENSIONES

La señora **CLARA AMANDA MEDINA RODRÍGUEZ**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **REBI SAS** para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que existió una relación laboral desde el 14 de enero de 2014 al 15 de enero de 2015. En consecuencia, reclama salarios, auxilio de transporte, prestaciones, vacaciones, indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de cesantías, indexación, costas y agencias en derecho. (Expediente Digitalizado).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones en síntesis afirma que el 12 de diciembre de 2013 se celebró un contrato verbal, con persona natural, que el cargo era de secretaria de bodega, que el 14 de enero de 2014, fue vinculada a la empresa REBI SAS, en el cargo de gerente administrativa y comercial, que el salario pactado fue la suma de \$1.000.000, más \$500.000, en bonos Sodexo, que el horario era de 8 am a 4 pm, que laboró festivos y horas extras y que no fueron remuneradas, que solo hasta el 1 de mayo se vinculó a la demandante a la EPS, que en enero de 2015 se realizó un aumento salarial a todos los trabajadores excepto a la demandante, que el 15 de enero de 2015 la demandante presenta renuncia motivada, que le quedaron adeudando salarios, auxilio de transporte, bonos Sodexo y liquidación de

prestaciones, que citó a la demandada al Ministerio de Trabajo, a la que la demandada no asistió. (Expediente Digitalizado)

Por su parte la demandada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptando el contrato y manifestando que la actora era de manejo y confianza por lo que devengaba más que los demás trabajadores, afirmó que el horario era de 9:00 am a 4:00 pm, que no es cierto que laborara sábados ni festivos ni horas extras, que el salario pactado fue de \$ 928.000, que se le hicieron prestamos que no fueron cancelados, que la empresa ha actuado de buena fe. Propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido, carencia del derecho reclamado, compensación, buena fe del demandado, mala fe del demandante. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, la Juez 2 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el 29 de agosto de 2022, por medio de la cual resolvió:

“... PRIMERO: CONDENAR A LA DEMANDADA REBI SAS a pagar al demandante las siguientes sumas: 1. SALARIO la suma de \$ 464.000 2. AUXILIO DE TRANSPORTE la suma de \$ 36.000 3. CESANTÍAS la suma de \$940.888 4. INTERESES A LAS CESANTÍAS la suma de \$114.474 5. PRIMA DE SERVICIOS la suma de \$940.888 6. VACACIONES la suma de \$470.444 7. INDEMNIZACIÓN MORATORIA: A razón de un día de salario correspondiente a \$30.933 pesos, por cada día de retardo por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 el interés máximo establecido por la Superintendencia Bancaria, hasta que se efectúe su pago.

SEGUNDO ABSOLVER a la demandada REBI SAS, de las restantes pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO CONDENAR en costas a la parte demandada dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV...”

Para llegar a esa conclusión manifestó la Juez: *“... Frente a la existencia de la relación laboral no fue objeto de discusión entre las partes, la existencia de un contrato de trabajo a término de indefinido vigente dentro del 14/01/2014 hasta el 19/01/2015, pues así fue aceptado por la demandada al contestar la demanda, específicamente el extremo final fue relacionado en el hecho 14 de la misma, señalando que correspondía al 19/01/2015, lo que se ratifica con la documental obrante a folio 60 del plenario, igualmente se señala que la demandante se desempeñó como gerente administrativa y comercial, en lo que tiene que ver con el salario realmente devengado por la trabajadora, se indica en el escrito de demanda que la remuneración ascendía a la suma de \$1000.000 más \$500000 pagaderos en bonos Sodexo Pass; **al respecto, se recibió el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada quien indicó que no se pactó con la demandante remuneración con un salario básico mensual más bonos Sodexo Pass, pues dicha bonificación correspondía al pago del cumplimiento de metas de venta que cancelaba directamente claro, que en el caso de la demandante desconoce cuántas veces se le pagaron esas bonificaciones, ya que estos eran enviados por Claro dependiendo del rango de la venta, por lo que no correspondían a un valor fijo; igualmente, precisó que la señora demandante era su empleada de confianza, por lo que suscribió con esa una autorización por descuentos de su salario respecto de cuotas por deudas adquiridas por su esposo, que la demandante se retiró de la empresa por carta de renuncia que envió al correo de la gerencia sin que se le debiera a tal data suma alguna. Pues incluso se le requirió para que devolviera un computador y celulares que le fueron asignados y nunca fueron entregados, que además se le adelantaron salarios, ya que con***

oportunidad a que su esposo no trabajaba no le alcanzaban los recursos para cancelar los arriendos y el estudio de sus hijos, por lo que se le colaboraba adelantándole los pagos por salarios, por ello, al momento de su renuncia no se le canceló suma alguna, pues ya se había hecho de forma anticipada. Igualmente, precisó que se le había llamado en varias oportunidades para que viniera a firmar su liquidación, no obstante, esta no se volvió a acercar a las instalaciones de la demandada de mala fe debido a que adeudaba muchas sumas a la empresa, precisó igualmente que con anterioridad al vínculo por sumas adeudadas por la demandante, se acordó verbalmente con esta que de su salario se descontaría sumas mensuales para cancelar dichos rubros, cuyo monto dependía de lo informado por la trabajadora. Igualmente, frente a los incentivos, precisó que esto se ofrecían por la empresa Claro y que en esa época variaban de acuerdo al rango de plan que vendía, igualmente, señaló el representante legal de la demandada que estos incentivos se daban tanto al trabajador o vendedor como la empresa, en cumplimiento de las ventas, que estas ventas se digitaban en una plataforma de Claro con el número de Cédula del trabajador y el NIT del distribuidor o de la empresa, y cada vendedor era responsable de registrar las ventas. En cuanto a la terminación del vínculo, indicó que lo hizo la demandante mediante un correo electrónico, manifestando situaciones de maltrato que no eran ciertas. Por su parte, la demandante al absolver interrogatorio de parte, manifestó que se desempeñó como gerente administrativa para la demandada, encargándose de la sala de ventas, de subir los pedidos a la plataforma de Claro del control y liquidación de nómina de todo el manejo administrativo de los puntos de venta que tenía para esa época la demandada en Madrid Villa Luci el centro, que tenía un asistente administrativo que le ayudaba con la liquidación de las planillas de seguridad social que pasaban para aprobación de nóminas y planillas al gerente, igualmente, señaló que se encargaba de algunas ventas, organizaba eventos de ventas en empresas y hacía seguimiento a la fuerza comercial para que estuvieran en los puntos y brindarles información para los procedimientos comerciales, que realizaba el análisis de las planillas remitidas por Claro para el pago de las bonificaciones a la empresa. Por otra parte, señaló que su esposo mantuvo una relación comercial con la importadora demandada, que recibió un préstamo, el cual fue cancelado en debida forma, recogiendo las letras con las que se le garantizaba, que en cuanto a su salario no firmó autorización alguna referente a descuentos de sus prestaciones o salario finalizándose el vínculo por justas causas imputables al empleador en cuanto a los malos tratos y agresiones que habían sido recibidas, **precisa que en efecto, le fue asignado un portátil, pero que éste no fue devuelto ya que le daba miedo acercarse a las instalaciones. Revisado el anterior, específicamente las pruebas documentales allegadas al proceso en cuanto a la historia laboral, allegada por la demandante ante los comprobantes de nómina aportados por la demandada, se puede establecer que el salario efectivamente devengado por la demandante correspondía a la suma de \$928.000, razón por la cual será este monto el que tendrá en cuenta el despacho. Ahora en lo atinente a los Bonos Sodexo Pass, quedó establecido del interrogatorio de parte que los mismos eran otorgados con ocasión a las ventas realizadas, que no existe prueba que realmente éste tuviera un componente salarial en los términos del artículo 127 del CST, como quiera que no se logra acreditar que estos pagos se realizarán de forma continua y que fueran retributivos del servicio, por el contrario, lo que se advierte es que estos correspondían a las ventas realizadas, que no siempre eran realizadas por la demandante como quiera que sus labores eran más que todo administrativas, ni se puede acreditar que estas bonificaciones fueran regulares o que se cumplieran con las metas establecidas para hacerse acreedora de las mismas, por lo que el salario se determinará en la suma de \$928.000, en cuanto al auxilio de transporte, habrá lugar a condenar también a su pago como quiera que de conformidad con lo dispuesto en la ley 15 de 1959, este procede siempre que el trabajador devengue hasta 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que se lograra acreditar por parte de la demandada si el trabajador vivía en el mismo lugar donde prestaban sus servicios o si la empresa suministrara gratuitamente y de manera completa el servicio de transporte, por lo que atendiendo al monto devengado del salario de la demandante, habría lugar al pago del auxilio de transporte reclamado. En cuanto al despido indirecto frente a esta**

*indemnización reclamada por la demandante que alega con ocasión al despido indirecto presentado cabe señalar que nuestro órgano de cierre en sentencias de vieja data como la radicación 41490 de 2011, reiteró que cuando un trabajador da por terminado unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas imputables al empleador mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponde la carga de demostrar los motivos que conllevaron a la terminación unilateral del contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello mediante la figura del despido indirecto. Descendiendo al estudio del caso, como se evidencia a folios 60 y 61 de la documental contentiva de la renuncia presentada por la demandante allí se argumentan los malos tratos como causas de finalización del mismo; **sin embargo, en el desarrollo del presente proceso no quedó demostrado ni con la documental ni de los interrogatorios de parte que efectivamente se hubiese causado dichas transgresiones, que dieran lugar a la terminación del contrato de trabajo por justas causas al empleador; por otra parte, si bien es cierto que se evidenció el incumplimiento de las obligaciones del empleador por el no pago de ciertas acreencias laborales, como se anunciará a continuación, lo cierto es que al momento de la terminación del vínculo esta situación no quedó plasmada dentro de la carta de renuncia, por lo que no podría atribuirse dichas circunstancias a la decisión de la trabajadora de dar por terminado el vínculo laboral, es por lo anterior, que para el despacho no se evidencia o no se acredita la causal de renuncia imputada por la demandante al empleador y en este sentido no habría lugar a condenar a la demandada por la indemnización prevista en el artículo 64 del CST.***

Frente a las acreencias laborales insolutas resuelto lo anterior, entrará el despacho a pronunciarse sobre las acreencias adeudadas precisándose que por parte de la demandada se admitió el interrogatorio de parte que no se canceló a la demandante, ninguna suma a la finalización del contrato de trabajo, aduciendo que la trabajadora adeudaba para tal data sumas pagadas anticipadamente por concepto de salarios; no obstante, tal situación en ningún momento fue acreditada o que realmente hubiese préstamos que fueran cancelados por la trabajadora o que existiera un acuerdo para el descuento de suma alguna adeuda de sus salarios o prestaciones, en tal sentido y como se estipuló previamente, el despacho encontró probada como salario la suma equivalente a \$928.000, respecto a esto, la demandante solicita el reconocimiento y pago por concepto de salarios adeudados de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2014 suma a la que se condenará por valor de \$1.393.000 y la suma de \$216.000 por auxilio de transporte en las mismas fechas; así las cosas, revisada la documental obrante a folios 153 a 157 del ítem 1 del expediente se logra demostrar que la demandada efectivamente canceló los salarios, auxilio de transporte de las dos quincenas de octubre y de diciembre y de la segunda quincena de noviembre, sin embargo, no logró demostrar el pago de estas sumas para la primera quincena de noviembre, por lo que se condenara a la demandada a dicho pago por valor de \$464.000 respecto a los salarios adeudados entre el 01 al 15/11/2014, por concepto de auxilio de transporte del 01 al 15/11/2014, la suma de \$36.000. Ahora bien, frente a las prestaciones realizadas las operaciones aritméticas respectivas, teniendo en cuenta el salario determinado para la demandante habría lugar a condenar las siguientes sumas; por concepto de cesantías del 14/01/2014 al 19/01/2015, la suma de \$40.888, respecto a las intereses a las cesantías por el mismo periodo, la suma de \$114.474, prima de servicios por el mismo periodo, la suma de \$940.888, respecto a las vacaciones, habría lugar a condenar a su compensación en la siguiente suma y por el mismo periodo por valor de \$470.444 pesos suma que deberá cancelarse debidamente indexada al momento de su pago, respecto a la indemnización, moratoria punto a la misma cabe señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas al término de la relación laboral, salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago, la imposición de una indemnización; de igual manera, señala que, si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida, consignando ante el juez del trabajo, en su defecto ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese de ver mientras la justicia de trabajo decide la controversia, no obstante, se ha explicado que su aplicación no

opera de forma automática con la simple verificación de la mora en el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. En tal sentido, analizada la conducta del empleador considera el despacho que no se encuentran razones que permitan justificar la conducta omisiva del empleador en el pago de salarios y prestaciones al término del vínculo laboral, situación que no permite establecer buena fe en su actuar, por lo que se condenará al pago de la indemnización moratoria a partir del 20/01/2015, data siguiente a la terminación del vínculo laboral en razón de un día de salario equivalente a \$30.933 por cada día de retardo por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 al interés máximo establecido por la superintendencia bancaria hasta que se efectúe su pago.

Respecto a la indemnización por no consignación de cesantías, la ley 50 de 1990 impone al empleador la obligación de consignar en un fondo de cesantías las que se hayan causado en favor de sus trabajadores, plazo que se vence el 14 de febrero del año siguiente a la causación so pena de imponerle la sanción de un día de salario por cada día de retardo, esta indemnización tiene junto con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, un carácter eminentemente resarcitorio ante la omisión del empleador en el cumplimiento de sus obligaciones por tanto su imposición se encuentra condicionada al examen de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, establecido lo anterior y como se indicó en líneas precedentes no se acreditaron elementos subjetivos que permitieran acreditar la buena fe del empleador; no obstante, lo anterior, debe tenerse en cuenta que la obligación se causa con corte a cada año con fecha de pago máximo al 14 de febrero de cada vigencia fiscal por el año siguiente, por lo tanto, el incumplimiento da lugar a la sanción y surge desde el 15 de febrero de la siguiente anualidad, no obstante, en el presente asunto se verifica que el empleador no tendría lugar a dicha obligación, como quiera que no la terminación del vínculo se dio con anterioridad a dicha data esto es el vínculo terminó el 19/01/2015, por lo que no habría lugar a su consignación. En cuanto a las excepciones, de conformidad con las resultas del proceso, no prosperan las excepciones propuestas por la parte demandada, frente a la excepción de compensación, arguye el apoderado de la demandada que la demandante no devolvió un computador y un celular de la compañía que le fueron asignadas, situación que en efecto fue aceptada por la propia demandante al absolver el interrogatorio de parte, no obstante, el valor de dichos objetos no fue cuantificado dentro del presente proceso, lo que impide declarar como probada la excepción de compensación propuesta sin perjuicio de que pueda adelantar contra la trabajadora las acciones que considere pertinentes....”

Inconformes con la decisión las partes interpusieron recurso así:

PARTE DEMANDANTE:

“La manifestación es para que el honorable tribunal que revalúe teniendo en cuenta el tema relacionado con incluir los Bonos Sodexo Pass como una relación permanente de carácter salarial y sean reliquidadas las prestaciones sociales y en consecuencia las condenas impuestas, justificó esta petición en el cual presentó recurso de apelación, toda vez que en el interrogatorio de parte el representante legal de la empresa reconoció como tal el pago de estos Bonos que se hacía directamente por las ventas realizadas; en ese orden de ideas, también quedó demostrado que una de las actividades que hacía la señora era la de precisamente tener esta gestión comercial que le ocasionó como tal el Bono Sodexo Pass, que era de manera permanente y al ser de manera permanente, no existieron pacto de exclusión salarial, pues debe tenerse en cuenta como parte del salario e igualmente obra en el expediente una reclamación ante el Ministerio y ante Claro en el cual claramente se están especificando el valor de estos bonos y el recobro que se le está haciendo mediante derecho petición a Claro, con lo que quedaría demostrado claramente que este factor salarial fue recibido por la hoy demandante de manera permanente y por lo cual debe de incluirse como parte del factor salarial.

*Ahora bien, respecto al despido indirecto también interpongo recurso de apelación respecto a la decisión de no tener en cuenta el despido indirecto que hizo la trabajadora por los malos tratamientos de su empleador y justifico este recurso de apelación para que sea tenido en cuenta por el Tribunal, es claro que, **en la carta se plasmó que su renuncia se debía también a los malos tratamientos por parte de su empleador, dentro del proceso quedó demostrado que se adeudaban estos pagos de la primera, la segunda, la tercera quincena, enero febrero, marzo del pago de la seguridad social de un mes que no se pagó y en las planillas que se allegaron quedó demostrado que no se canceló este mes e igualmente el pago tanto de los Bonos como de la seguridad social, entonces no se requiere más pruebas para demostrar que el incumplimiento a los pagos salariales, prestacionales a que tiene derecho todo trabajador, pues igualmente da lugar a una de las causales estipuladas en el artículo 62, coadyuvado por las normas del 57 a 59 del CST como una obligación del empleador o sea, se termina el contrato por justa causa por parte de la trabajadora, el incumplimiento a estas obligaciones legales y convencionales y entre ellas fue faltar precisamente al pago de algunas quincenas, como también del pago de la seguridad social y de la seguridad social también dejó sustentado el recurso de apelación en el sentido su señoría no hizo ninguna revelación respecto al mes de adeudado de la seguridad social y que en la plantilla soportada en el expediente no se demuestra claramente que se adeuda el pago de la seguridad social de los meses del 2015. Asimismo, no se tuvo en cuenta el pago de los salarios de la primera quincena de diciembre, la primera quincena de noviembre solamente se condenó la de octubre, en las pruebas aportadas al proceso no está la firma de la trabajadora en la cual ella recibió y también en el interrogatorio de parte del representante legal también manifestaba que él no tenía claridad, no se acordaba de si se había realizado esos pagos cuando es una obligación de llegar preparado, entonces no se tuvo en cuenta esta omisión a estos pagos y se condena también al subsidio de transporte, solamente por \$40.000 pesos, pero no da cuenta de toda la relación laboral en el cual estuvo la trabajadora, entonces le solicito con todo respeto al tribunal superior que tenga en cuenta estas manifestaciones y que haga una valoración exhaustiva sobre estos puntos que no se tuvieron en cuenta dentro de la condena que emitió su señoría..”***

PARTE DEMANDADA

“Solicitando se revoque en la totalidad la sentencia emitida por el juez de primera instancia, en efecto, él juzgado hizo una lectura atenta a lo presentado en la audiencia de pruebas y juicio pero no estamos de acuerdo en lo sentenciado debido a 1; Nunca se reconoció que los Bonos Sodexo que tanto se alegaron en la demanda y en los interrogatorios fueran producto de un pago que fuera imputable al artículo 127 del CST, sino que más bien hacían parte de lo previsto en el artículo 128 y no del 127; por consiguiente, no se pueden considerar salarios y eso fue muy claro, tanto la demandante como el demandado en explicar qué venían era de la empresa Claro de la cual era distribuidora la empresa Rebi; entonces no pueden imputarse como salario. La renuncia se da de una manera que trata de mostrar una realidad que no es consistente con la verdad, la verdad es que la señora era administradora, la señora demandante tenía un asistente de administrativo, ejercía actos de administración y a pesar de que ella misma confiesa que tiene un asistente administrativo que le ayuda con el área administrativa, que en efecto es liquidación de nóminas, pago de los salarios, consignaciones de prestaciones sociales tanto de ella como empleada de la empresa, como de sus compañeros, demuestra su negligencia como trabajadora porque primero manifiesta que tiene un asistente luego que no es asistente de ella, pero que ella sí era responsable de lo administrativo más luego no era responsable de administrativo, una serie de contradicciones que ustedes podrán darse cuenta en el desarrollo de los interrogatorios, sobre todo de la demandante, esa negligencia de la trabajadora también se aplica a tratar de mostrar una verdad que no es cierta, que es que ella en efecto, renuncia, pero debido a una serie de deudas del señor esposo que en efecto sí son del esposo pero se hacen por confianza a ella, no por confianza al esposo, ella misma por su vergüenza de no poder pagar eso de que el esposo ha incumplido, ella misma presenta una renuncia

sacada del sombrero, diciendo que hay malos tratos donde los establecimientos de comercio son abiertos al público, no hay forma de atacarla ni nunca se probó que mi cliente hubiera ejercido algún tipo de violencia sobre ella, de parte de las pruebas que le estoy diciendo es ella en esa forma poco leal hace una aseveración de maltratos que solamente lo hace a través de un correo electrónico, nunca prueba ese tipo de violencia ni esos tipos de acoso. El representante legal le responde en las pruebas también presentadas tanto por el demandante como por el demandado le dice que esas afirmaciones no son ciertas, no fueron probadas en juicio y que ella lo único que está evitando es devolver un computador que, en efecto, desgraciadamente no pudimos probar, pero ella no negó la existencia del computador y teléfonos celulares, devolverlos y el representante legal negó sustancialmente esos malos tratos y ella tampoco los pudo probar. No hay una denuncia y ella lo que no quiso fue ir a poner la cara y hubiera podido incluso evitarse este pleito si la señora hubiera ido como se le pidió a devolver los elementos de la empresa para haber recibido su pago, por consiguiente, un error de buena fe del demandado fue hacer creer que se podría tomar como una compensación, que ella hubiese tomado abusivamente elementos de la empresa como pago y ella luego aquí en audiencia trata de una forma para nosotros, desesperada de probar diciendo que ahora sí lo devolvería 6 años después, cuando ese desuso y esa depreciación ya no aplicarían para esos bienes; le solicitó al aquem valorar esa circunstancia pero en efecto ella misma, la señora dice, no se prueba, pero las reglas de la experiencia, señores magistrados, nos demuestran que en efecto, una empresa de telecomunicaciones tendría elementos de última generación porque no puede uno ser panadero sin tener harina, entonces se le entregaron elementos de computadoras, teléfonos que eran de su trabajo y ella se los quedó y ahí hay una compensación pura y clara, porque las reglas de la experiencia nos demuestran eso y suplen una prueba documental o incluso pericial de valoración que por las reglas de la experiencia se le solicita a la sala valore por consiguiente, ahí se prueba la mala fe de la demandante y la buena fe del demandado nunca se reitera, se probó de forma alguna la violencia que ella alega y por qué? Porque también se le dice en el mismo correo que tampoco desacreditó ella que era tratada como una amiga del alma del mismo representante legal de la empresa y por eso mismo la confianza que se dio para hacer los préstamos para tratarla bien, para darle incluso prebendas de salir a fumar o que llegará tarde y demás situaciones que no fueron desacreditadas dentro del proceso y que están probadas en correos electrónicos provenientes del representante legal.

Se reitera, se hizo una lectura seria por parte del despacho, pero no se comparte el fallo, toda vez que debido a las apreciaciones personales subjetivas de cualquier funcionario judicial, como un juez de primera instancia, puede decir que de una otra manera nosotros somos responsables de lo que se nos condena, pero visto, ojalá por los señores de la sala tres magistrados se den cuenta que aquí lo que hubo fue buena fe, nunca se dejó de pagar lo que se debía, siempre se le dio buen trato a la trabajadora, habían prebendas para la trabajadora, se confió en ella y en el esposo que no tenía ningún tipo de relación laboral y la trabajadora confesó haberse quedado con elementos de la empresa y que además esos elementos sí tenían un valor y ella los aprovechó durante todo este tiempo y ahora de una forma apresurada, trata de justificar una devolución que ya no tiene caso y además que la empresa tenía más de 40 empleados como para ser maltratada delante de todos y dejar evidencias donde además había cámaras en todos los establecimientos de comercio...”

CONSIDERACIONES

La Sala se ocupará de resolver los recursos de conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del CST, comenzando por razones de método por el de la demandada.

Lo primero que precisa la Sala es que no existió condena ni por indemnización por despido, ni por reliquidación alguna incluyendo Bonos Sodexo como Salario; luego

para nada resulta relevante los argumentos del recurso, que se refieren a ello, pues se itera así lo consideró la Juez, cuando señaló que no existía prueba de que se devengaran bonos en forma permanente, así como de los aspectos señalados en la renuncia.

De otra parte, para nada tampoco resulta relevante, para la Sala referirse al argumento del computador no devuelto; -que, aunque la actora confiesa ese hecho “afirmando que le dio miedo ir a devolverlo” y la demandada por su parte que eso originó que no fuera por la liquidación,- toda vez y desde ya lo advierte la Sala, ello no justifica la omisión en los pagos, pues admitirlo sería como admitir la justicia por mano propia; y menos aún eso es señal de buena fe, ya que existen mecanismos consagrados en la Ley, que toda empresa esta obliga a respetar, así como también dicho sea debe respetar a los operadores jurídicos; tales como la consignación de las prestaciones, si es que los trabajadores, no asisten o se niegan a recibir, o como por ejemplo asistir a los llamados de las autoridades administrativas, esto es Ministerio del Trabajo, escenario en donde se puede manifestar ausencia de ánimo conciliatorio, pero atendiendo el llamado que esta autoridad hace se itera; o instaurando las denuncias del caso, pero no se insiste actuando bajo su parecer, ignorando la Ley, omitiendo los pagos a los que está obligado.

En verdad no se trata, de como se afirma en el recurso, también dicho sea de paso de manera desobligante, por decir lo menos, con la autoridad judicial; “que haya apreciaciones de “cualquier funcionario judicial, como un Juez de primera instancia”; pues evidentemente quien omite hacer pagos es responsable de su conducta, así lo señala la Ley, y la consecuencia no puede ser otra que la condena al pago, que se itera fue resultado del análisis de las pruebas,-confesión de no pago la más relevante- y se itera de lo que ordena la Ley, razón por la cual se **CONFIRMA** la sentencia en este aspecto.

Resuelto el recurso de la demandante, procede la Sala a resolver el de la parte demandante en los tres puntos cuestionados i) reliquidación por bonos Sodexo, ii) indemnización por despido indirecto, iii) omisión de salarios y subsidio de transporte.

i) De los bonos Sodexo

Sin duda alguna si la parte de un salario cancelado con bonos Sodexo obedece a retribución del servicio y más cuando no se ha pactado su exclusión salarial, debe ser incluido en la liquidación de prestaciones sociales.

No obstante, ello cuando existe prueba de que han sido pactados como parte de salario, entregados de forma habitual, continua y/o permanente y no como en este

caso; pues contrario a lo afirmado por el recurrente no hay prueba de ninguno de estos aspectos.

Por el contrario, como analizó juiciosamente la Juez de las pruebas documentales, solo puede desprenderse que el salario pactado fue de \$928.000, sin pacto alguno equivalente a \$500.000 por bonos.

Es por lo anterior que la Juez analizó los interrogatorios de parte encontrando; como el mismo recurrente reconoce en el recurso, que estos era entregados a quienes realizaban ventas; -sin prueba fehaciente de que la demandante las hiciera dada su labor administrativa- ; **por CLARO, empresa no vinculada a este proceso y no por la demandada**; sin que exista siquiera prueba alguna del recibo por parte de la actora de bonos sodexo ni siquiera en forma ocasional; siendo válido anotar que no basta con afirmar que quedó demostrado algún aspecto en el juicio, como de manera genérica se hace en el recurso, pues debe indicarse, con cual prueba o cual fue omitida por el Juez en su análisis; sin que revisado por la Sala se encuentre ninguna se itera al respecto lo que basta para CONFIRMAR la sentencia en este punto.

De la indemnización por despido indirecto

Desde ya anuncia la Sala que esta decisión también será **CONFIRMADA**. Veamos las razones.

Señala el parágrafo del artículo 62 del C S T, que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo **debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa terminación**. Consagra también la norma que **posteriormente no pueden alegrarse válidamente causales o motivos distintos**.

Lo anterior es suficiente razón para confirmar la sentencia de primera instancia, pues revisado por la Sala el correo electrónico por medio del cual la demandante terminó el contrato, fácilmente se concluye que no se indicó allí omisión en los pagos ni de salarios ni de aportes, como ahora pretende la recurrente se tenga en cuenta; siendo así la decisión no solo apegada a la comunicación, sino a la Ley que así lo ordena; sin que sobre agregar que de los motivos aducidos, esto es agresiones, falta de aumento y otras tampoco existe prueba en el proceso; por lo que sin más razones por innecesarias Se itera, se confirma la decisión.

De los Salarios y auxilio de transporte

Basta para CONFIRMAR la decisión, observar las pretensiones 1 y 2 de la demanda, sobre las que verso el juicio y por las que condenó la Juez esto es salarios de

octubre noviembre y diciembre de 2014, así como auxilio de transporte por los mismos meses, luego no es en el recurso cuando se pretendan otros pagos, como acá sucede, siendo claro que lo solicitado, discutido y privado en juicio, fue resuelto por la Juez.

Por lo anterior se **CONFIRMA** la sentencia en todas y cada de sus partes.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todas y cada una de sus partes.

Sin costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 18-2019-00726-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: LUCY ESTELA CASTRILLON MEDINA
DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **KARINA VENCE PELAEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.403.532 y tarjeta profesional No. 81.621 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad VENCE SALAMANCA LAWYERS GROUP S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.073.680.314 y tarjeta profesional No. 215.205 del C. S. de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 03 de octubre del 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LUCY ESTELA CASTRILLON MEDINA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que le reconozca y pague una pensión de sobreviviente en su condición de compañera permanente supérstite del señor Roberto Antonio Jiménez Jaramillo (q.e.p.d.) desde el fallecimiento ocurrido el 21 de noviembre del 2007, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que mediante Resolución N° 07023 del 27 de diciembre de 1911 el extinto Seguro Social aceptó la conmutación de la pensión de vejez reconocida por la ASOCIACION NACIONAL DE NAVIEROS ADENAVI al señor Roberto Antonio Jiménez Jaramillo; que el señor Jiménez Jaramillo falleció el 21 de noviembre del 2007; que antes de su fallecimiento se encontraba haciendo vida marital con la demandante durante más de 5 años con anterioridad al fallecimiento; que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de una pensión de sobreviviente la cual le fue negada mediante Resolución SUB 104673 del 02 de mayo del 2019 alegando que no se acreditaron los requisitos exigidos en la ley.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las



pretensiones, respecto de los hechos negó el 3 y 4 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, la innominada o genérica y, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por LUCY STELLA CASTRILLÓN MEDINA, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones elevadas por la demandada.

TERCERO: CONDENAR en las costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandante y a favor de la demandada en la suma de \$1.000.000

CUARTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

QUINTO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no existe controversia en la calidad de pensionado del causante; que a la muerte del pensionado es necesario probar la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento; que la demandante no acreditó la calidad de compañera permanente, ni el tiempo de convivencia exigido. Que los audios aportados no prueban la convivencia, ni la calidad de compañera permanente, pues no existe certeza de quien está en el audio y que al no haberse cumplido



con la carga probatoria se debe absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpone recurso de apelación argumentando que la señora Gladys Muñoz en el audio aportado prueba la calidad de compañera permanente y el tiempo de convivencia exigido. Indica que esto también se prueba con la declaración de la demandante. Que dichas pruebas fueron aportadas por la parte pasiva y están en el expediente por lo que se les debe dar valor probatorio, por lo que solicita se tengan en cuenta. Pide se tenga en cuenta también la sentencia de la CSJ SL 4050 del 2019 con radicado 63733 y señala que no es necesario acreditar un tiempo de convivencia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor **Roberto Antonio Jiménez Jaramillo**, que tuvo lugar el 21 de noviembre del 2007 como da cuenta el registro civil de defunción (Expediente administrativo allegado por Colpensiones), como tampoco que a dicha data ostentaba la calidad de pensionado, pues venía percibiendo una pensión de vejez por parte del ISS hoy Colpensiones, la cual le fue reconocida mediante la Resolución N° 07023 del 27 de diciembre de 1991.

Determinado lo anterior, como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, disposición que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia del cónyuge o compañero permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante, señala la norma en cita:

“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera



permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>
Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...***"

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

Es así como la decisión de primer grado no encontró acreditados los requisitos exigidos, por lo que el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer si la actora **Lucy Estela Castrillón Medina** en su condición de compañera permanente supérstite tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional deprecada.

Teniendo en cuenta la norma precitada y como quiera que la señora Lucy Estela Castrillón Medina pretende se le sustituya la pensión que en vida recibía el señor Roberto Antonio Jiménez Jaramillo, señalando que ostentaba la calidad de **compañera permanente**, es claro, que contrario a lo dicho por su apoderada, debía acreditar haber convivido con el causante



por lo menos los 5 años anteriores al fallecimiento, para tener derecho a la pensión deprecada. Y así lo ha señalado de manera clara y reiterada la CSJ entre otras en la sentencia SL 2277-2023 en la que señaló *“Así fue como esta Sala de Casación fijó el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, en el sentido de entender, que el tiempo de convivencia mínima de 5 años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte de pensionado, según lo analizado en la sentencia CSJ SL1730-2020, reiterado entre otras en las CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL489-2021, CSJ SL362-2021, CSJ SL1905-2021 y CSJ SL2222-2021”*

Siendo necesario precisar además que la sentencia SL 4050 del 2019, la cual solicita la apoderada de la parte demandante se tenga en cuenta al momento de resolver el recurso de apelación presentado, en ningún momento señala que quien reclama en calidad de compañera permanente no deba acreditar la convivencia exigida en la norma, por el contrario indica de manera clara que *“...para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el demandante deberá demostrar el cumplimiento del requisito de convivencia exigido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, como regla de carga probatoria, y el juez concederá la pretensión cuando encuentre acreditada la satisfacción de dicho requisito sin que haya lugar a dudas razonables, como regla de juicio al amparo de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.”*, lo cual no ocurrió en el presente caso, pues como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia no existe ninguna prueba que permita establecer la calidad de compañera permanente de la demandante, ni la convivencia exigida.

Y es que fue tanta la inactividad probatoria de la parte demandante, que pese a que Colpensiones le niega la sustitución pensional precisamente por no acreditar la convivencia exigida en la norma, viene al proceso aportando únicamente como pruebas la Resolución en la que Colpensiones le niega la pensión y los recursos que interpuso, sin siquiera solicitar se decretara prueba testimonial para corroborar su dicho. Es más no entiende la Sala como pretende que salgan avantes sus pretensiones, cuando ni siquiera en los hechos de la demanda refiere en que tiempo fue que convivió con el causante.



Ahora, al revisar el expediente administrativo aportado por Colpensiones, se evidencia, que no es que el Juez, no haya querido valorarlo porque lo aportó la parte demandada, es que con los documentos que allí aparecen, no se logra probar la convivencia, ni la calidad de compañera permanente, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia. Siendo imposible como lo pretende la apoderada de la parte demandada encontrar acreditada la convivencia y la calidad de compañera permanente con el audio que aparece en el expediente administrativo, el cual corresponde a una llamada telefónica que se hace por parte de Colpensiones y en donde se escucha que contesta una señora que dice llamarse Gladys Muñoz, pues efectivamente no existe certeza quien es la persona que está contestando el teléfono y si la parte demandante quería que se tuviera en cuenta su declaración, es claro que debía solicitar su testimonio.

Tampoco se puede probar con la declaración de la misma demandante, pues es claro que no puede fabricar su propia prueba; razón por la cual al no existir ninguna prueba que demuestra la calidad de compañera permanente, ni el tiempo de convivencia exigido, es claro que no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.



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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 01-2020-00274-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: LUÍS ERNESTO ACERO OSPINO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 07 de octubre del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor LUÍS ERNESTO ACERO OSPINO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente en los términos del artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción



original y con ocasión del fallecimiento de su cónyuge supérstite la señora Delfa Castañeda (q.e.p.d.). Como consecuencia, se le reconozca la pensión de sobreviviente a partir del 05 de mayo de 1999, junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la señora DELFA CASTAÑEDA (Q.E.P.D.) falleció el día 05 de mayo de 1.999, por causas de origen no profesional,; que durante su vida laboral la causante fue afiliada al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida administrada en su momento por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, donde cotizó para los riesgos de I.V.M un total de 393, 14 semanas; que al momento del fallecimiento de la señora DELFA CASTAÑEDA era cotizante activa, afiliada por el empleador INTERASED LTDA; que los ciclos correspondientes a los periodos de noviembre de 1.998 hasta el mes de abril de 1.999 figuran reportados con 30 días, pero cotizados en O, verificando en la observación que dichos pagos fueron aplicados por la demandada a periodos anteriores en razón a estar dichos periodos en mora por el empleador; que como consecuencia de la solicitud del demandante, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES mediante requerimiento interno solicitó a la Dirección de Historia Laboral la validación y corrección de la historia laboral de la fallecida DELFA CASTAÑEDA; que la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones- en lo que respecta a los ciclos 98/11 a 99 /04, no debió aplicar la imputación de pagos con destino a ciclos anteriores que se encontraban en mora por parte del patrono, sino proceder ante el empleador moroso con las acciones o mecanismos legales que tiene a su alcance y obtener el pago de esos periodos que figuraban en deuda; que las cotizaciones efectuadas para los ciclos comprendidos desde el 98/11 hasta el 99/04 sean cargadas y tenidas en cuenta para ese lapso, pues fue para esos ciclos que se hicieron los respectivos pagos sin importar que hubiera anteriores en mora; que el periodo comprendido entre el 01 de mayo al 05 de mayo no fue pagado por el empleador, a pesar de estar vigente el vínculo laboral y la afiliación al liquidado Instituto de Seguros Sociales al momento del fallecimiento de la señora DELFA CASTAÑEDA; que la causante cotizó 40.14 semanas en el año



anterior a la fecha de su fallecimiento, además que su afiliación y vínculo laboral estuvo activo a la fecha de su fallecimiento y de la misma forma no fue retirada del sistema por parte de su empleador; que en el momento del deceso había convivido con el señor LUIS ERNESTO ACERO OSPINO, durante más de veintinueve (29) años, a partir de la fecha de su matrimonio, esto es, del diez de mayo de 1.969 hasta el 05 de mayo de 1.999, día del fallecimiento de la afiliada, lapso en el cual se demostraron amor, comprensión, ayuda mutua y fidelidad, unión matrimonial en la que procrearon tres (3) hijos, hoy todos mayores de veinticinco (25) años de edad y sin ninguna limitación o invalidez; que la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones expidió el día 31 de julio de 2.019 historia laboral de la afiliada fallecida DELFA CASTAÑEDA verificándose en la misma un total de 393, 14 semanas y de la misma forma en los ciclos correspondientes al mes de noviembre de 1.998 hasta el mes de abril de 1.999 que el empleador reportó y efectuó la respectiva cotización para esos periodos, y en la casilla de observación se corrobora que dichos pagos fueron aplicados a periodos anteriores; que el día diecisiete (17) de Julio de 2018, el señor LUIS ERNESTO ACERO OSPINO, en calidad de cónyuge supérstite, solicita de la ADMINISTRADORA COLOMBANA DE PENSIONES-COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia con ocasión del fallecimiento de su esposa; sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó parcialmente el 2 y 8; negó el 3, 6, 7 y 9; no me consta el 10 y 12 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses, ni indemnización moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, no



procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia del derecho pensional de sobreviviente a favor del señor LUIS ERNESTO ACERO OSPINO identificado con C.C No. 7.406.344 conforme lo motivado

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en calidad de sucesor procesal del ISS, a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a que tiene derecho el señor LUIS ERNESTO ACERO OSPINO identificado con C.C No. 7.406.344, en calidad de CONYUGE de la fallecida, a partir del día siguiente del fallecimiento de la señora DELFA CASTAÑEDA (Q.E.P.D), en cuantía igual al salario mínimo legal vigente, y en pero como quiera que también se propuso en debida forma la excepción de prescripción, dicho reconocimiento aplicando el fenómeno trienal, se debe hacer el reconocimiento de la prestación económica a partir del 5 de abril de 2016.conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR A COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios, a partir del 5 de junio de 2019 a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago conforme lo expuesto.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción de acuerdo con lo antes expuesto.

QUINTO: Absolver a la demandada COLPENSIONES, de las otras súplicas de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva, eso es la indexación deprecada.

SEXTO: Costas a cargo de la parte demandada, por resultar vencida en la primera instancia. Tásense”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que las administradoras tienen la obligación de efectuar las acciones de cobro y si no los realiza conforme lo ha dicho la Corte es la directamente obligada al reconocimiento de la prestación por su omisión. Que se encuentra probado que la señora Delfa Castañeda falleció el 05 de mayo de 1999, por lo que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993 en su redacción original. Que la controversia por los aportes en mora no pueden afectar al afiliado. Que la señora Delfa dejó causado el derecho para sus beneficiarios pues logró cotizar 322 semanas. Que el demandante cumple con los requisitos para ser



beneficiario de la pensión de sobrevivientes pues demostró su condición de cónyuge supérstite y no era necesario probar la convivencia. Que tiene derecho a una mesada pensional en cuantía de un SMMLV. Que al presentar la reclamación administrativa ante Colpensiones el 05 de abril del 2019 es claro que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 05 de abril del 2016. Que tiene derecho a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 05 de junio del 2019, es decir, transcurridos 2 meses desde que se elevó la reclamación administrativa hasta el momento en que se efectúe el pago. Absolvió de la indexación señalando que resultaba incompatible con los intereses moratorios a los que fue condenada la demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

El **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que no está de acuerdo con la prescripción declarada por el Juez porque el 05 de abril del 2019 es la fecha que se le imprimió a la Resolución SUB 83085 del 2019, sin embargo, en la Resolución que procede a resolver el recurso de reposición contra el anterior acto administrativo la SUB 192531 del 2019, en ella se indica que la reclamación fue del 31 de enero del 2019 solo se encontraría prescrito con anterioridad al 31 de enero del 2016. Señala que también se debe modificar la condena por intereses moratorios la cual debe ser desde el 31 de marzo del 2019. Que no está de acuerdo en que no se haya impartido condena por indexación, pues es evidente que la condena por intereses moratorios cuando se verifica la mora en el pago de la prestación surge como una sanción para la Administradora de Pensiones, pero en lo que tiene que ver con la indexación no es una sanción que se impone a la entidad que no pagó una prestación sino un criterio o concepto que debe aplicarse de manera oficiosa a cualquier prestación, es un derecho constitucional, es una situación evidente y constante ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que la corte constitucional ha indicado que debe aplicarse como criterio de equidad.



Por su parte, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 se establecen los beneficiarios de la pensión de sobreviviente; que quien se encuentre al momento del fallecimiento cotizando al sistema debe contar con 26 semanas o quien haya dejado de cotizar debe contar con 26 semanas en el año inmediatamente anterior. Que la causante falleció el 05 de mayo de 1999 que la última cotización fue en octubre de 1998, por lo que no estaba activa al momento del fallecimiento y no contaba con 26 semanas en el año inmediatamente anterior. Que se le requirió para que aporte soporte de los períodos faltantes en su historia laboral. Que está en curso el proceso coactivo al empleador, por lo que el actuar de Colpensiones ha sido buena fe, no hay lugar a la sanción de la mora, porque es un hecho ajeno a Colpensiones. Que no se acreditan las semanas requeridas. Solicita no se le condene ninguna sanción por mora. Finalmente, indica que no se probó la dependencia económica, por cuanto no fue el quien realizó los gastos fúnebres.

CONSIDERACIONES

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

No fue objeto de reproche la fecha de defunción de la señora **Delfa Castañeda**, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 05 de mayo de 1999, como da cuenta su registro civil de defunción; como tampoco que el señor **Luís Ernesto Acero Ospino**, ostentó la calidad de cónyuge de la causante, como se observa del registro civil de matrimonio en el que aparece que contrajeron matrimonio desde el 10 de mayo de 1969.

Ahora, como es bien sabido, y tal como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 2057-2022, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, que para el caso bajo estudio



corresponde al texto original de la Ley 100 de 1993, normatividad que enlistaba en su artículo 47, como beneficiaria de la pensión de sobreviviente al cónyuge, señalaba la norma en cita:

“ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

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

(...)”

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

Conforme lo señalado en precedencia, se observa que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, no ofreció reparo la calidad de cónyuge supérstite del demandante respecto de la señora Delfa Castañeda, la que igualmente quedó acreditada en el trámite procesal como ya se indicó.

Sentando lo anterior y en cuanto al requisito de cotización, se tiene que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original prevé:



“ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo [33](#) de la presente Ley.”

Al respecto, se encuentra al revisar la historia laboral de la causante Delfa Castañeda, la cual fue aportada por Colpensiones y por la parte demandante; que contrario a lo señalado por la apoderada de la administradora de pensiones, si bien la causante no registra cotizaciones a la fecha del fallecimiento -05 de mayo de 1999-, lo cierto es que en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento logró cotizar 42.85 semanas, superando así las 26 semanas exigidas en la norma. No pudiendo señalar Colpensiones que no registra cotizaciones en ese año anterior, pues efectivamente en la historia laboral se registran los pagos efectuados por el empleador INTERASED LTDA, la fecha de pago y la referencia del mismo, no siendo posible que Colpensiones decida aplicarlo a periodos anteriores alegando mora del empleador cuando era su obligación realizar el respectivo cobro coactivo.

Por tanto, es claro que la señora Delfa Castañeda dejó causado el derecho para sus beneficiarios, que no es otro que el demandante Luís Ernesto Acero Ospino quien demostró ser su cónyuge supérstite.

Ahora, en cuanto a que no se demostró por parte del demandante la convivencia exigida en la norma, se le recuerda a la apoderada de Colpensiones, que la CSJ ha sido clara entre otras en la sentencia SL 2277-2023 al señalar que *“Así fue como esta Sala de Casación fijó el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in*



*dubio pro operario, en el sentido de entender, que el tiempo de convivencia mínima de 5 años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **solo es exigible en caso de muerte de pensionado**, según lo analizado en la sentencia CSJ SL1730-2020, reiterado entre otras en las CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL489-2021, CSJ SL362-2021, CSJ SL1905-2021 y CSJ SL2222-2021”,* es decir, que en este caso en el que la causante no se encontraba pensionada, sino que era una afiliada al sistema, no es necesario probar la convivencia exigida en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Por tanto, acertó el fallador de primera instancia al reconocer al demandante una pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su cónyuge Delfa Castañeda a partir del 05 de mayo de 1999 en cuantía de un salario mínimo legal vigente.

Prescripción

En este punto le asiste razón al apoderado de la parte demandante, pues se evidencia que por un lapsus el fallador de primera instancia señaló que se interrumpía la prescripción el 05 de abril del 2019 (fecha en que se expidió por parte de Colpensiones la Resolución SUB 83085), cuando en la Resolución SUB 192531 del 22 de julio del 2019 se plasmó que el actor presentó la solicitud para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el **31 de enero del 2019**, luego teniendo en cuenta el término trienal que contempla el artículo 151 del CPT y de la SS, se modificara la sentencia apelada para declarar probada la excepción de prescripción frente a las mesadas causadas con anterioridad al **31 de enero del 2016**.

Intereses moratorios

Tal y como lo ha reiterado la CSJ los intereses moratorios de la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003 se causan una vez vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación, conforme al término que concede el artículo 1 de la Ley 717 de 2001 a las entidades de seguridad social, por lo que se modificará la



sentencia apelada en cuanto a la fecha a partir de la cual se condenan dichos intereses, pues teniendo en cuenta que el actor presentó la reclamación el 31 de enero del 2019 es claro que tenía hasta el 31 de marzo del 2019 para reconocerle la pensión al actor y como no lo hizo comienzan a correr los intereses moratorios desde el **01 de abril del 2019** y hasta el momento en que se efectúe el pago de cada una de las mesadas adeudadas.

Siendo necesario además precisar que la CSJ entre otras en la sentencia SL 2310 del 2023 ha indicado que para la imposición de intereses moratorios no son atendibles los argumentos relacionados con la buena fe de la entidad, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria.

Indexación mesadas adeudadas

Para confirmar la absolución por este concepto basta con recordar que la CSJ de manera pacífica y reiterada entre otras en la sentencia SL 2298-2023 ha señalado que los intereses moratorios son incompatibles con la indexación de mesadas pensionales, pues al pagarse los intereses, la indexación se entiende incluida en estos.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia recurrida, para en su lugar **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** frente a las mesadas causadas con anterioridad al 31 de enero del 2016.



SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia recurrida, para en su lugar CONDENAR a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios a partir del 01 de abril del 2019.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 05-2021-228-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

ACÉPTESE la renuncia al poder presente por el Doctor Miguel Ángel Ramírez, quien actuaba en representación de la demandada Colpensiones; lo anterior, en los términos del artículo 76 del CGP.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de junio de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación que efectuara al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., por el incumplimiento del deber legal de información por parte de dicha AFP, que se declare que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado en el RAIS carecen de validez jurídica y que se encuentra



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la AFP Colfondos a registrar en el sistema de información de los fondos privados que la afiliación al RAIS fue ineficaz, que se condene a la AFP Colfondos a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, y a Colpensiones a activar su afiliación en pensión. Por último, solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y lo que resulte ultra y extra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 1 de agosto de 1962, que se vinculó desde el 3 de febrero de 1992, hasta el 30 de diciembre de 1995, en el Hospital Simón Bolívar, tiempo que cotizó a la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá, que se vinculó desde julio de 1992, hasta el 15 de febrero de 1996, en la Secretaría Distrital de Hacienda, tiempo que cotizó a la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá, que empezó a cotizar al sistema de pensiones en el entonces ISS hoy Colpensiones a partir del 8 de junio de 1993, hasta el mes de diciembre de 1995, que diligenció formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A., en el mes de diciembre de 1995, que la AFP Colfondos lo persuadió para que se vinculara a dicho régimen de pensiones, que para la fecha del traslado al RAIS había cotizado al ISS 205 semanas, que la AFP Colfondos no le informó la naturaleza y las características del RAIS, no le indicó que la pensión se iba a financiar con lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, no le explicó las condiciones y requisitos legales que debería cumplir en este nuevo régimen, eminentemente de capitalización, para acceder a una prestación para la protección de su vejez.

Indica que la AFP en mención, no le informó sobre la posibilidad que tenía de devolverse al RPM o de retractarse de su afiliación, que Colfondos S.A., no le explicó sobre los riesgos en los cuales se sometería en este régimen, tales como; que el monto de la pensión dependía de los rendimientos financieros y las características del mercado bursátil ni sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir formulario de afiliación en el RAIS, que el asesor de la AFP Colfondos S.A., al momento de brindar la asesoría no contaba con la idoneidad para ofrecer una asesoría técnica en pensiones, que Colfondos S.A., no le informó que la afiliación en esta administradora de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensiones implicaba la disminución de su mesada pensional en más del 60% que la otorgada por el ISS hoy Colpensiones, que Colfondos S.A., no puso en su conocimiento escenarios comparativos de pensión entre los dos regímenes existentes ni proyecciones de lo que iba a ser su mesada pensional, que acredita a la fecha más de 1.091 semanas válidamente cotizadas, que cumple 62 años de edad el 1 de agosto de 2024, y para la fecha de radicación de la presente demanda aún estaba realizando cotizaciones al sistema.

Refiere que en noviembre de 2019, por su propia cuenta contrató una asesoría para conocer el monto de su pensión, que con el estudio pensional se da cuenta que la administradora del RAIS le hizo tomar una decisión que le perjudicó de manera grave y lo dejó en desigualdad de condiciones respecto de las personas que se mantuvieron en Colpensiones, pues estas se pensionan con unos requisitos claros, mientras que no le explicaron la forma de liquidar la pensión en el RAIS que se traduce en más dinero de la expectativa de la pensión en el RAIS, que el 18 de junio de 2020, radicó ante Colpensiones la solicitud de activar su afiliación, como consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al RAIS, que Colpensiones no resolvió la petición descrita anteriormente dentro de los términos, por ende se presume negativa, quedando agotada de esta manera la reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 22 y 23, negó los No. 4 y 7 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el 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, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, e innominada o genérica.

Por su parte, **Colfondos S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 5, manifestó



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

no constarle los No. 2, 3, 4, 7, 20 a 23, no ser un hecho los No. 18 y 19 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor **JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO**, a través de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

SEGUNDO: ORDENAR a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS a cargo de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una, en favor del señor **JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO**.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, **CONSÚLTESE** con el superior a favor de **COLPENSIONES**.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que era conocimiento la línea jurisprudencial que ha venido construyendo la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral respecto de esta problemática desde las Sentencias del 9 de septiembre de 2008, Rad 31989 las más recientes SL 1421 de 2019, SL 1688, SL 1689, SL 3464 estas de 2019, SL 4806 de 2020, SL 5686 de 2021, SL 756 de 2022, donde ha señalado: Primero, que no es dable declarar probada la excepción de prescripción en estos casos teniendo en cuenta la estrecha relación que existe entre esta problemática y el derecho irrenunciable de la seguridad social establecido en el artículo 48 Superior, además de ser un derecho irrenunciable debe ser un derecho digno, toda vez que el ciudadano en su vejez va a tener que materializar sus derechos fundamentales con una mesada pensional que debe ser coherente con esa realidad salarial de toda su vida laboral.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Segundo, la carga de la prueba corresponde efectivamente a las administradoras de pensiones, el Decreto 720 de 1994, ya se encontraba vigente cuando ocurrió el traslado del señor Javier, él se traslada a Colfondos en el año de 1995, ya en 1994, estaba vigente el Decreto 720, que en su artículo 12 señala que las administradoras de pensiones deben suministrar a sus potenciales afiliados información amplia, oportuna y suficiente, un deber de información cualificado con esas tres grandes características. En tal sentido, la carga de la prueba a demostrar en el juicio le corresponde a quien tenía radicado ese deber cualificado, no al señor Javier sino a las administradoras.

Tercero, ese deber de información no se prueba con un formato de afiliación, en este documento se consignan únicamente datos básicos personales del afiliado y sus beneficiarios pero no una información clara y suficiente respecto de todo lo que es el andamiaje del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Cuarto, no es necesario que la persona se encuentre o sea beneficiaria del régimen de transición o cumpla unos requisitos para pensionarse, pues no se discutía que el señor Javier al haber nacido el 1 de agosto de 1962, no era beneficiario del régimen de transición ni por edad, ni por tiempo de servicios, en Colpensiones tenía 74 semanas y también se advierte que aportaba a una Caja de Previsión Social del Distrito, liquidada a través de la Resolución 4 de 1995; en tal sentido, tenía aportes en Régimen de Prima Media con la Caja liquidada de Previsión Social y con el entonces ISS pero esto no es excusa para que no se le garantice la protección judicial; todo ciudadano debe ser destinatario del mismo nivel de información en las tres características que se han mencionado.

Que se había escuchado al señor Javier Franco y en interrogatorio de parte, del que no se desprendía ninguna confesión, lo que hizo fue ratificar el hecho de que no le informaron varias condiciones ni siquiera y aquí faltó Colfondos al deber de oportunidad, al no informarle al señor Javier antes de cumplir los 52 años, es decir, el 1 de agosto de 2014, no hay prueba de que mediante correo certificado o correo electrónico, cualquier medio de comunicación, le hubiesen señalado al señor Javier que ya iba a ingresar a la prohibición legal de traslado; razón por la que accedió a la declaratoria de ineficacia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** manifestó que no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por el señor Javier al momento de realizar el traslado a Colfondos en el año 1995, solicita estudiar a fondo lo señalado en el fallo de primera instancia pues teniendo en cuenta que se declara la ineficacia del traslado de régimen por falta del deber de información por parte de la AFP en su momento, pues como se pudo probar no fue clara, precisa, comprensible, oportuna, al momento del asesoramiento que se le realizó al demandante al igual se observa que por parte de la AFP se falló en el deber de la oportunidad al no asesorar al actor en relación a la prohibición legal, toda vez que está en cabeza de los fondos privados el brindar este asesoramiento en relación de indagar bajo qué régimen desea seguir el afiliado antes de cumplir con el tiempo límite de los 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Así las cosas, debería ser la AFP quien asuma el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el RPM administrado por Colpensiones.

Por otro lado, peticona se tenga en cuenta que Colpensiones está vinculada al proceso de una forma residual, puesto que declararse la ineficacia de la afiliación efectuada entre el RAIS, tal efecto no puede ser endilgado a Colpensiones, máxime cuando a quienes les asistía la obligación de brindar una información veraz y oportuna era a los fondos privados al momento de la suscripción del formulario de afiliación y no al ISS hoy Colpensiones. Al igual, pues no resulta consecuente que los afiliados al Sistema General de Pensiones puedan solicitar en cualquier tiempo que se declare la nulidad o ineficacia de un traslado entre los regímenes pensionales, un ejemplo claro de esta situación son los pensionados en el RAIS, para quienes el derecho como tal ya adquirió una firmeza o para los que están próximos al cumplir el estatus pensional como lo señala la Sentencia SL 373 de 2021, para el caso en mención está claro que el demandante está próximo a cumplir como tal estos requisitos dentro del RAIS al cual realizó aportes por más de 20 años.

Solicita que de ser confirmada la sentencia y teniendo en cuenta que la responsabilidad profesional y directa recae sobre la AFP, estas deben garantizar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones pues estos son los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

previsionales y cuotas de administración, esto con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el RPM. Por último, ruega se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico quien celebró el acto fue el fondo privado y los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con dicha decisión.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 30 de diciembre de 1995, a través de Colfondos S.A., como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que como bien lo adujo el Juzgador de primer grado y contrario a lo indicado por la recurrente, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Javier Antonio Franco, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que el suministro del deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular del actor, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópico también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

Sentado lo anterior y contrario a lo indicado por Colpensiones en su recurso, el hecho de que el demandante no hubiera retornado al RPM en los plazos legales concedidos para el efecto, no lo priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, en cualquier tiempo, ya que esta acción como lo ha reiterado la CSJ, se torna **imprescriptible** siendo también deber de la administradora del RAIS que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió.

De otra parte, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso, respecto a los valores correspondientes a los seguros previsionales y gastos de administración, se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por estos conceptos por parte de Colfondos S.A., los que deben ser objeto de dicho traslado, sin que se vean afectados por el fenómeno prescriptivo, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Por lo señalado en precedencia, se **modificará** el numeral SEGUNDO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de estos rubros, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, durante la vigencia de la afiliación del demandante al RAIS.

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

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05202100228-01 Dte: JAVIER ANTONIO FRANCO FERRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 16-2020-00485-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CLAUDIA MARÍA SEGURA CRISTANCHO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN y PORVENIR y del grado de consulta en favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 23 de mayo de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA MARÍA SEGURA CRISTANCHO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS en abril de 1994 a la AFP PORVENIR y el traslado a la AFP PROTECCIÓN en el año 2002. Como consecuencia, se ORDENE a la AFP PROTECCIÓN a retornar a la



demandante junto con todos los valores que hubiera recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración; se ORDENE a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el RPMPD, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de mayo de 1966; que desde el 25 de enero de 1990 al 30 de abril de 1994 estuvo afiliada al ISS; que para el 30 de abril de 1994 contaba con 222.43 semanas cotizadas en el ISS; que en abril de 1994 se trasladó a la AFP PORVENIR donde le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener en el RPMPD al momento de pensionarse; que no le manifestaron que capital debía acumular, ni los requisitos necesarios para poderse afiliar en esa entidad; que no recibió una información clara, eficaz y entendible; que en el año 2002 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN sin recibir la información necesaria al momento del traslado; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **AFP PROTECCIÓN**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 15, 22, 23, 29 y 30; negó el 11, 12, 13 y 14 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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 y la genérica.



Por su parte, la **AFP PORVENIR** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 24, 25 y 26 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Finalmente, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 3, 16, 18, 27 y 28; aceptó parcialmente el 2; negó el 17 y 19 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por Claudia María Segura Cristancho, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 21 de abril de 1994, a través de la AFP Porvenir S.A., por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, y que se encuentren en la actualidad en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración.

TERCERO: Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante en el período en el que ella estuvo afiliada a dicha AFP, entre el 21 de abril de 1994 y el 1 de junio de 2002, tales



como gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses si los hubiere.

CUARTO: *Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a recibir tanto de PROTECCIÓN S.A, como de PORVENIR SA., y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores, para efectos de reactivar válidamente la afiliación de la demandante, y proceder en seguida, a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de Claudia María Segura Cristancho, con la respectiva imputación de pagos.*

QUINTO: *Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, y no probados los demás medios exceptivos, teniendo en cuenta las resultas del proceso.*

SEXTO: *Costas a cargo de Porvenir S.A y Protección S.A; agencias en derecho: 1 SMLMV.*

SÉPTIMO: *De no ser apelada esta decisión se concederá el grado jurisdiccional de consulta, exclusivamente en favor de Colpensiones.”*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencial de la CSJ, la cual tiene una línea clara y precisa en este tema; que sólo es posible entender que el traslado fue libre y voluntario cuando se le brindó la información suficiente al afiliado; que la carga probatoria es de la AFP privada; que no se probó que a la demandante se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado, pues no bastaba con allegar el formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que no procede la condena por la devolución de los gastos de administración, pues de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 pues el RPMPD también destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia; que dichos gastos de administración no forman parte de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción; que al ordenarse el traslado de dichos gastos de administración a Colpensiones se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de esa entidad, en la medida que no existe una norma que ordene tal devolución; que la ley 100 de 1993 dispone cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de



régimen, esto es, el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que evidencia que estos gastos de administración no están destinados a financiar la prestación de la afiliada y por ende no pertenecen a ella, sino al fondo privado como contraprestación a la gestión adelantada; que de ordenarse esta devolución deberá condenarse a la demandante a restituir los rendimientos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la Sala de Casación Civil de la CSJ tratándose de restituciones mutuas.

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación señalando que las comisiones de administración y las primas del seguro previsional son descuentos previamente autorizados en la Ley 100 de 1993, en donde se faculta a las AFP a descontar el 3% de los aportes realizados por los afiliados, lo cual se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional en ambos regímenes; que obra en el expediente el certificado de rendimientos donde se demuestra que sus aportes obtuvieron unas ganancias, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados; que con la condena que ordena la devolución de las sumas descontadas por gastos de administración más los rendimientos financieros se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, por recibir una comisión que no es destinada a financiar la pensión de la demandante; tiene derecho a conservar los gastos de administración como restitución mutua en su favor. Que el manejo de los recursos de las AFP es vigilado por la Superintendencia Financiera quien mediante concepto señaló que cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación solo deben devolverse los aportes más los rendimientos. Que estos conceptos si prescriben.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Claudia María Segura Cristancho, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año



1994 y, posteriormente, en el año 2002 con la AFP PROTECCIÓN, siendo éste último fondo en el que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

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



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

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

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

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

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y



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

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

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

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



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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron es que el ISS se iba acabar.

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

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



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

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

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

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

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



nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

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

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

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes de la demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido, por lo que no hay lugar a ninguna compensación como lo pretende la AFP Porvenir y Protección. Adicionalmente, la devolución de los gastos de administración no se impone a título de sanción sino que son la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo tiene sentado la CSJ.

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



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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2021-00436-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: SONIA BERNARDA QUINTERO CONTRERAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **FABIO ERNESTO SÁNCHEZ PACHECO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 74.380.264 en su calidad de representante legal de la sociedad REAL CONTRACT CONSULTORES S.A.S., como apoderada principal de COLFONDOS y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. NÉSTOR EDUARDO PANTOJA GÓMEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.085.288.587 y tarjeta profesional No. 285.871 del C. S. de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora SONIA BERNARDA QUINTERO CONTRERAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia o nulidad del traslado que se efectuó del RPMPD a la AFP Colfondos; que se DECLARE que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS; se ORDENE el traslado de los correspondientes aportes y rendimientos pensionales a COLPENSIONES; se CONDENE a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez a partir del 25 de octubre del 2009 por ser beneficiario del régimen de transición; se CONDENE a la AFP COLFONDOS devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de octubre de 1954, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 66 años de edad; que se vinculó al ISS el 04 de diciembre de 1979 llegando a cotizar 281 semanas; que para el año 2009 cumplió la edad mínima para acceder a la pensión de vejez al ser beneficiaria del régimen de transición, toda vez que para el 29 de julio del 2005 contaba con 887.84 semanas; que el 01 de julio de 1994 optó por trasladarse al RAIS sin que recibiera la asesoría necesaria; que la AFP COLFONDOS al momento del traslado le manifestó que debía trasladarse porque el ISS se iba acabar y que podría pensionarse en cualquier tiempo; que solicitó el traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2 y 18 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para



regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, 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 la innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP COLFONDOS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 17; manifestó no constarle el 1, 2, 3, 5, 18 y 19 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, validez de la afiliación al RAIS ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias Administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora **SONIA BERNARDA QUINTERO CONTRERAS** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de **COLFONDOS S.A.** y con efectividad a partir del 01 de junio de 1994 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** a que transfiera a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión; los conceptos deberán aparecer discriminados con sus valores, el detalle pormenorizado de los hitos, el IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que reciba los dineros que trata el anterior y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.



QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar el recibir a la señora **SONIA BERNARDA QUINTERO CONTRERAS** al régimen de prima media.

SÉXTO: NO ACCEDER al reconocimiento y pago de la pensión solicitada por la parte demandante como quiera que, pese a que tiene los requisitos para adquirirla, aún no se ha hecho exigible dicha prestación, conforme al art 13 del Decreto 758 de 1990, debiendo entonces **COLPENSIONES** tener la oportunidad, cuando esto suceda, de estudiar en la oportunidad debida dicha prestación.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a COLFONDOS S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), teniendo en cuenta los argumentos expuestos en esta providencia

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión por cuanto esta sentencia tiene órdenes a cargo de **COLPENSIONES.**”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencial de la CSJ, la cual tiene una línea clara y precisa en este tema; que sólo es posible entender que el traslado fue libre y voluntario cuando se le brindó la información suficiente al afiliado; que la carga probatoria es de la AFP privada; que no se probó que a la demandante se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado, que Colfondos desistió incluso del interrogatorio de parte de la demandante, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado, pues no bastaba con allegar el formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que no tuvo en cuenta al momento de dictar sentencia el principio de la relatividad jurídica como quiera que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre el actor y la AFP COLFONDOS y que todos los actos jurídicos tienen efectos interpartes y su representada no puede ser condenada en ninguna decisión judicial. Solicita no se le condene a recibir a la actora nuevamente como afiliada al RPMPD, pues con esta decisión se esta afectando el equilibrio financiero del sistema. Que se debe tener en cuenta el impacto en la reserva pensional que ha afectado con este tipo de procesos. Que no puede acarrear las consecuencias legales de la ineficacia como tal y, que con este tipo de condenas Colpensiones se ve afectada en su reserva pensional. Se condene a pagar los perjuicios que se pueden generar.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Sonia Bernarda Quintero Contreras, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS en el año 1994 siendo éste fondo en el que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre



otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron es que el ISS se iba acabar; que podría perder lo ahorrado y, que al trasladarse al RAIS podría pensionarse antes y mejor.

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



demandados, por lo que se **confirmará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 22-2020-00001-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA CECILIA ORTÍZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Protección, Porvenir y Colpensiones y del grado de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de octubre del 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora GLORIA CECILIA ORTÍZ RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el 01



de octubre de 1995 del ISS a la AFP Protección por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado; se ORDENE la nulidad de los traslados entre administradoras del RAIS; se ORDENE a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado de régimen efectuado el 01 de octubre de 1995. Como consecuencia, se ORDENE a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; se ORDENE a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad y, que una vez reciba los aportes proceda a corregir su historia laboral, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 11 de enero de 1964, cumpliendo la edad mínima requerida para pensionarse en el año 2021; que cotizó desde su afiliación al RPMPD del 25 de enero de 1990 al 30 de septiembre de 1995 un total de 292 semanas; que el 01 de octubre de 1995 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN; que dicho traslado no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió; que el 01 de abril del 2002 se trasladó a la AFP Protección; que el 01 de abril del 2019 se trasladó a la AFP COLFONDOS; que tiene cotizadas 1532 semanas; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2 y 17; dijo que el 3 era parcialmente cierto; que el 7 y 8 no eran un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no



procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, y la innominada o genérica.

Por su parte, la **Administradora De Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1 y 16; negó el 4 y 5 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos Públicos y del Sistema General de pensiones, 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 de la totalidad de los aportes a AFP Porvenir y, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPS convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen.

La **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 6, 8, 9, 10, 11 y 14 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Finalmente, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 7 y 12 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, compensación y pago y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora GLORIA CECILIA ORTIZ RODRÍGUEZ al RAIS acaecido el 11 de agosto de 1995 incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen.



SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS fondo en el que se encuentra afiliada la demandante traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y realizar los ajustes en la historia laboral del actor conforme quedó explicado.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR remitan a COLPENSIONES los dineros que recaudo por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a esos fondos.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas a las AFP...

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que en el presente caso no se probó haber brindado a la demandante la información necesaria al momento del traslado; que no se puede entender que la demandante haya confesado que recibió la información que se requería al momento del traslado; que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP y que acoge el criterio de la CSJ.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora De Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A** interpuso recurso de apelación únicamente en cuanto a la orden de trasladar a Colpensiones los descuentos realizados por gastos de administración, pues es un descuento que se encuentra debidamente autorizado en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003; que el descuento se realizó en su momento con la autorización normativa como se realiza por cualquier entidad administradora de pensiones; que el descuento se hizo como contraprestación a una buena administración del recurso lo cual se puede evidenciar en los buenos rendimientos que se generaron en su cuenta de ahorro individual, los cuales fueron devueltos a



la AFP Porvenir. Indica que no hay lugar a devolver estos dineros, pues ya fueron causados durante la afiliación; que se trata de una situación ya acaecida lo cual fue puesto de presente por la CSJ 31989 del 2008. Que debe tenerse presente que frente al cobro del 3% destinado para gastos de administración opera la prescripción, pues no es un concepto que financia la prestación por vejez.

La **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que con la condena que se le imparte de trasladar los gastos de administración se desconoce el principio de inescindibilidad de las normas ya que no se le está dando una interpretación adecuada al artículo 1746 del CC ya que las cosas se deben retrotraer a su estado original y que cada cual es responsable de la pérdida de los frutos e intereses y, en ese orden de ideas si se declara la ineficacia del traslado en un sentido estricto, pues los rendimientos financieros que se generaron deberían ser trasladados a porvenir en aras de las restituciones mutuas. Que no se probó la mala fe, ni un detrimento patrimonial. Que estos dineros no financian pensiones por lo que no son susceptibles de restitución. Además, son dineros que se encuentran prescritos.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que dicha entidad no tiene porque cargar con afiliados que vengan del RAIS teniendo en cuenta que esto produce una descapitalización del sistema pensional, el cual ya se encuentra bastante afectado. Que la demandante realizó una afiliación de manera libre y voluntaria lo cual se colige del interrogatorio de parte. Se observa la desidia de la demandante al no regresar al RPMPD pues ella misma manifiesta que estaba en descontento. Que no se observa que haya existido algún vicio del consentimiento al momento del traslado, es claro que no puede ser trasladada al RPMPD. Que por la edad de la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 del 2003.

CONSIDERACIONES



A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Gloria Cecilia Ortiz Rodríguez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCIÓN en el año 1995 y, posteriormente, a la AFP PORVENIR en el año 2002 y a la AFP COLFONDOS en el año 2019; esta última es la entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, contrario a lo pretendido por Porvenir en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del**



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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Gloria Cecilia Ortiz Rodríguez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PROTECCIÓN, al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN.

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

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la



afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el



criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PROTECCIÓN, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1995, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, contrario a lo señalado por la apoderada de Colpensiones, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar y que podría perder sus aportes.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no la demandante, por tanto, como



la AFP PROTECCIÓN no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

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

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

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone



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

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

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención. Adicionalmente, no es necesario demostrar mala fe o un detrimento patrimonial para que se condene a la devolución de los gastos de administración.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización



del RPMPD que administra o se ve afectado el sistema, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

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

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2020-00297-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA CLAUDIA DE FRANCISCO ZAMBRANO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **JAHNNIK I WEIMANNS SANCLEMENTE**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. LUISA FERNANDA MARTÍNEZ LÓPEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.053.795.580 y tarjeta profesional No. 231.411 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de septiembre del 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA DE FRANCISCO ZAMBRANO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad del traslado de régimen y afiliación realizado a la AFP PORVENIR y SKANDIA por falta al deber de información y buen consejo de la AFP quien indujo en error a la demandante, lo cual trajo como consecuencia vicio en el consentimiento. Que en caso de que no proceda la nulidad se DECLARE la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se restituya a la demandante, teniendo como afiliada en el RPMPD sin solución de continuidad; ORDENAR a las demandadas que realicen todos los trámites a que haya lugar para la activación de la demandante en Colpensiones; se ORDENE a la AFP SKANDIA que realice la devolución de todos los aportes a Colpensiones, esto es, las sumas recibidas por concepto de cotizaciones, gastos de administración y demás emolumentos necesarios, debidamente indexados y con sus rendimientos, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 30 de junio de 1957; que el 19 de enero de 1981 inició su cotización ante el extinto ISS; que en 1998 se trasladó a la AFP PORVENIR, pues su asesora le manifestó que no se vería afectado su futuro pensional y que el ISS iba a ser liquidado por lo que para salvar sus aportes debía trasladarse; que no se le brindó la información suficiente al momento de trasladarse al RAIS; que el 10 de septiembre del 2010 se trasladó a la AFP Skandia sin recibir la información necesaria al



momento del traslado; que solicitó la nulidad de su traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 3, 11, 14 y 15; negó el 5, 7, 8 y 10 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 16 y 17; dijo que el 3, 4 y 18 no eran un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, y la innominada o genérica.

Finalmente, **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 3 y 11; negó el 10, dijo que el 9, 12 y 13 eran parcialmente ciertos y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó 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, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante.



Mediante auto del 15 de febrero del 2022 se admite el llamamiento en garantía de **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de mérito que denominó 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 lícita y válida, 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 el reconocimiento oficioso de excepciones. Frente al llamamiento propone como excepciones las que denominó 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 llamada en garantía 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 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.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora MARÍA CLAUDIA DE FRANCISCO ZAMBRANO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. y con efectividad a partir del 01 de enero de 1999 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media, situación que también se debe entender frene a la afiliación que hizo subsiguiente, esto es, de PORVENIR S.A. a SKANDIA S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera todos los dinero que recibió por gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante desde el 01 de enero de 1999 hasta el 31 de octubre de 2010, junto con las primas de seguros previsionales pagadas por invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión; los conceptos deberán aparecer discriminados con sus valores, el detalle pormenorizado de los hitos, el IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A. todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, todo con destino a COLPENSIONES.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que tratan los numerales segundo y tercero, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas

SEXTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales en contra de PORVENIR S.A. para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia.

SÉPTIMO: ABSTENERSE de estudiar el llamamiento en garantía.



OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), se exonera a SKANDIA S.A. y a COLPENSIONES....”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencial de la CSJ, la cual tiene una línea clara y precisa en este tema; que sólo es posible entender que el traslado fue libre y voluntario cuando se le brindó la información suficiente al afiliado; que la carga probatoria es de la AFP privada; que no se probó que a la demandante se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado, que Colfondos desistió incluso del interrogatorio de parte de la demandante, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado, pues no bastaba con allegar el formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la CSJ, también la Corte ha indicado que no se puede aplicar homogéneamente a todos los procesos donde se solicita la nulidad o la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento en el deber de información; que debe existir una solicitud en las condiciones fácticas de cada caso, lo cual no se da en el presente caso, pues la demandante realizó el traslado de régimen de manera libre y voluntaria e informada bajo la normatividad que existía para el momento del traslado; que la información que se le debía brindar se encontraba establecida en la Ley 100 de 1993; que no se puede desconocer que como todo consumidor financiero la accionante debía actuar con medida diligencia la cual suponía obtener la información suficiente del acto jurídico que esta adoptando; que el actuar de Porvenir siempre ha sido de buena fe; que se encuentra que fue una decisión libre e informada con las respuestas dadas en el interrogatorio de parte; que se prueba la información con los formularios los cuales no fueron tachados de falsos; que frente a la



devolución de los gastos de administración debe advertirse que estos emolumentos ya no se encuentran en poder de Porvenir, sino que el fondo en atención al artículo 20 y s.s. de la ley 100 de 1993 descontó estos valores en virtud de lo que establece dicha norma; que dichos emolumentos fueron destinados a cubrir la debida administración; que ha sido acreedor a una doble condena por el mismo concepto, pues también se ordena la devolución de los gastos de administración indexados y a devolver los rendimientos; que debe desestimarse la condena en agencias en derecho ya que Porvenir en virtud de su deber de información si cumplió con su deber.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que al momento de la solicitud del retorno al RPMPD la demandante contaba con 62 años por lo que se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal de la ley 797 del 2003; que no se acreditó algún vicio del consentimiento; que nos encontramos frente a un error en un punto de derecho el cual no tiene la capacidad de derruir la eficacia jurídica del acto; que saneó la nulidad con la ratificación tácita al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen, pues la demandante desde la firma del formulario de régimen hasta la fecha ha consentido en que se le hagan los descuentos respectivos con destino al RAIS; que respecto de la carga de la prueba no se logra probar la existencia de un vicio del consentimiento; que el deber de información solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 por lo que los fondos privados cuenta únicamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento; que frente a la descapitalización del sistema trae a colación la sentencia C 1024-2004, SU 062-2010 y SU 130-2013 en las que indica que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema; que no se puede permitir la descapitalización del fondo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de



consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora María Claudia de Francisco Zambrano, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1998 y, posteriormente, a la AFP SKANDIA en el año 2010; esta última es la entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, contrario a lo pretendido por Porvenir en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia



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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la falladora de primera instancia se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora María Claudia de Francisco Zambrano, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR, al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

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

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

En ese orden, concluyó que:



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

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

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

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



determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PORVENIR, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, contrario a lo señalado por el apoderado de Porvenir, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que sus aportes estaban en riesgo y, que al trasladarse obtendría una mejor pensión y podría pensionarse antes.

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



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

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

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él. Y el hecho de que la información se encuentre contenida en la ley 100 de 1993 no exonera a las AFP de brindar la información necesaria al momento del traslado.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento. Tampoco puede alegar que se tengan en cuenta las sentencias SU 062-2010 o C 1024-2004 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino frente a la ineficacia del mismo.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso



concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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

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

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra o se ve afectado el sistema, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia



de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSEK
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2020-00401-02
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: PABLO ALEJANDRO CASAS DUPUY
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y del grado de consulta a su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 06 de septiembre del 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor PABLO ALEJANDRO CASAS DUPUY por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS a través de la AFP SKANDIA desde el 13 de agosto del 2012. Como consecuencia, se DECLARE para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliado en el RPMPD administrado por Colpensiones; SE ORDENE a la AFP PORVENIR y/o SKANDIA que traslade todos los aportes realizados por el actor a COLPENSIONES; junto con lo que resulte prado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 29 de agosto de 1964; que realizó cotizaciones al RPMPD desde el 11 de enero de 1980 hasta el 13 de agosto del 2012 logrando cotizar un total de 804.72 semanas; que había efectuado un traslado a la AFP Porvenir en junio de 1997 afiliación que fue invalidada por encontrarse multivinculado tanto en el RPMPD como en el RAIS; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó parcialmente el 16, 19, 22 y 23; negó el 17, 18, 21, 26, 29, 30, 31, 32 y 33 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales



o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 3, 4, 5 y 6 negó el 11, 12, 13, 14 y 31 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 7, 8, 9, 24 y 25; dijo que el 1 era parcialmente cierto; que el 10, 32 y 33 no eran un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por PABLO ALEJANDRO CASAS DUPUY, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP SKANDIA S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.



SEGUNDO: CONDENAR a la AFP SKANDIA Y PORVENIR S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a PABLO ALEJANDRO CASAS DUPUY al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías SKANDIA S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones y Skandia S.A.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge los criterios de la CSJ; que en el presente caso no se probó haber brindado al demandante la información necesaria al momento del traslado; que no se puede entender que el demandante haya confesado que recibió la información que se requería al momento del traslado y, que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que no tuvo que ver con este acto jurídico que se suscribió y con la decisión del demandante de trasladarse al RAIS; que



no tuvo en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera, además de atender contra principios como la equidad y la solidaridad del sistema; que se deben tener en cuenta los actos de relacionamiento como son los traslados horizontales dentro del RAIS, que no obra un cálculo de rentabilidad que determine que los valores que se ordenaron trasladar en la sentencia alcancen a cumplir una expectativa pensional para el aquí demandante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Pablo Alejandro Casas Dupuy, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 2012 y, posteriormente, a la AFP SKANDIA en el año 2013 esta última es la entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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



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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Pablo Alejandro Casas Dupuy, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2012; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR, al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.



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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado



debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PORVENIR, es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 2012, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial.



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

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

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

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

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento. Tampoco se exige por parte de la jurisprudencia de un cálculo de rentabilidad, como lo dice Colpensiones en su recurso.



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2012**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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

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

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de



accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra o se ve afectado el sistema, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Bogotá
SALA LABORAL

ORDINARIO No.10-2020-277-01

ASUNTO: APELACIÓN DE AUTO

DEMANDANTE: EDUARDO RINCÓN DUARTE

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN SA

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor HUMBERTO LINARES PEÑA, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **PROTECCIÓN SA**, contra el auto proferido por la Juez 10 laboral del circuito de Bogotá, el día cinco (5) de julio de 2023 **por medio del cual se rechazó el incidente de nulidad propuesto por esta parte. (Expediente Digital).**

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Protección S.A.

HECHOS

En el presente proceso el demandante **EDUARDO ALFONSO RINCÓN DUARTE** a través de apoderado judicial instauró demanda en contra de **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN SA**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario se declare

la nulidad del traslado al RAIS y en consecuencia la devolución de aportes. (Expediente Digital).

En audiencia la apoderada de PROTECCIÓN propuso incidente de nulidad así: *“La notificación que surtió la parte demandante, no cumplió con los requisitos establecidos en el Decreto 806 de 2020, posteriormente Ley 2213 de 2022, teniendo en cuenta que como se observa en el correo electrónico, se remitió un correo con asunto demanda nulidad traslado, el 3 de junio de 2022, si se observa en los mismos documentos, no se allegó auto admisorio de demanda, incumpléndose con las previsiones de la norma en cita. Adicionalmente, Protección actuó en conocimiento del oficio remitido por el despacho, compartió la carpeta hoy 5 de julio de 2023 a correos electrónicos distintos a los que aparecen en certificado de existencia y representación legal, por lo que no se podría tener como saneada la notificación; sin embargo, también se pone de presente que al consultar el SIAFP, como quiera que esta entidad sólo tuvo conocimiento de la existencia del proceso cuando se le remitió vínculo de audiencia, sí se evidencia que el demandante, realizó su vinculación al RAIS a través de la AFP Colpatria y posteriormente se dio un proceso de fusión con BBVA Horizonte...”*

Mediante la providencia que hoy estudia la Sala la Juez se itera, negó el incidente. Para llegar a esa conclusión la Juez manifestó en síntesis que: *“...En este estrado judicial, le señalo a Protección que el artículo 135 del código general del proceso específicamente establece cuáles son los requisitos negar la nulidad. Establece que no podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo la oportunidad de hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerlo, en este caso, dentro del presente proceso, tenemos que no es posible admitir el incidente de nulidad teniendo en cuenta que Protección por medio de su apoderada judicial y representante legal actuó dentro del proceso, sin haber propuesto el incidente de nulidad, es decir, estuvo en la etapa de conciliación, señaló en la etapa de conciliación que no había ánimo conciliatorio, en ningún momento le solicitó al despacho que iba a proponer incidente de nulidad, y en consecuencia, si bien es cierto, conforme con el artículo 133 del CGP indica que la indebida notificación es una de las causales en el numeral 8 para que exista nulidad, este no fue alegado oportunamente por Protección, por lo que el despacho rechaza el incidente de nulidad propuesto por esta.*

Inconforme con esta decisión la apoderada de PRTECCIÓN SA, interpuso recurso así. *“...En primer lugar, el numeral quinto del artículo 65 del Código de procedimiento del trabajo y la seguridad Social, permite precisamente la apelación este tipo de autos, en el cual se niegan los incidentes presentados y en ese sentido, señores magistrados, me permito indicar porque sería procedente manifestarle o tener o haber estudiado perdón, haber concedido el incidente, teniendo en cuenta que mi representada, nunca tuvo la oportunidad de defender en debida forma sus intereses, por cuanto no le fue notificado en debida forma el auto admisorio de demanda a raíz de que precisamente el artículo octavo del Decreto 806 de 2020, adoptado de manera permanente en la legislación por la Ley 2213 del año 2022, establece que las notificaciones personales podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva, como también como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio, que suministre el interesado y en que se realice la notificación; sin la necesidad del envío previo de citación; sin embargo, si observamos el expediente, el apoderado de la parte demandante confundió estos 2 procesos y es claro que mismo sí realizó una citación previa, y no una notificación personal conforme a lo establecido por los citados documentos.*

Adicionalmente, como se puede observar en el correo electrónico remitido el día de hoy al despacho Protección allegó precisamente esos 2 correos electrónicos, en el cual se evidencia que el apoderado de la parte demandante no adjuntó en el correo electrónico del 3 de junio del año 2022, el auto admisorio de la demanda y también

se observa que el despacho notificó o envió el expediente digital el día de hoy, 5 de Julio del año 2023, a correos electrónicos que no corresponden a los establecidos en el certificado de existencia y representación legal de mi representada, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín; adicionalmente, en dicho correo electrónico se advierte precisamente que mi representada interpondrá un incidente de nulidad y que por estas razones se adjuntan estos documentos adicionales al poder precisamente para poder actuar y en este sentido poder interponer el mismo incidente de nulidad dentro del presente proceso, teniendo en cuenta que las nulidades de notificación no se podrían haber entendido saneadas con el documento con la remisión del link que realizó el despacho porque los correos electrónicos datospersonales@proteccion.onmicrosoft.com ni afp_proteccion@proteccion.com.co, son los establecidos en el certificado de existencia y representación legal, los mismos no cumplen con los requisitos formales para haber establecido o reestablecido las notificaciones realizadas....”

CONSIDERACIONES

Lo primero que advierte la Sala es que de acuerdo con lo establecido en el art 65 del C P del T y del S S, numeral 5, es apelable el auto que deniegue el trámite de un incidente o el que lo decida” en consecuencia la Sala se pronuncia al respecto.

Efectivamente los artículos 135 y 136 del C G P consagran:

ARTÍCULO 135. REQUISITOS PARA ALEGAR LA NULIDAD. La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.

La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.

El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.



ARTÍCULO 136. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.
2. Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada.
3. Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa.
4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

PARÁGRAFO. Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables...”

En ese orden es claro que, de haber existido la pretendida nulidad, esta quedó saneada, porque es la misma recurrente quien afirma que desde el 3 de junio de 2022 se enteró de la demanda, por envío que hiciera el demandante y aunque desde ese instante, según afirma notó que existía una irregularidad, al no ser enviado el auto admisorio de la demanda, no actuó en el momento en que lo indica la Ley, proponiendo la nulidad y por el contrario asistió a la audiencia, reconociendo que había recibido una citación previa, lo que si bien es cierto no es en si la notificación; si marca el momento procesal para interponer un incidente como el que ahora presenta cuándo y por el contrario asiste a la diligencia, consagrada en el art 77 del C p del T y la S S, de una demanda admitida el 31 de agosto de 2021, según consta en el expediente **y participa en la audiencia, la cual consta de varios momentos, actuando en el de conciliación, actuación con la que definitivamente sana la pretendida nulidad**, de acuerdo con la norma antes transcrita, argumento de la Juez que la apoderada ignora, pues se limita en el recurso a insistir en la indebida notificación.

Vale anotar que el correo del 3 de junio de 2022 que aparece en el expediente no es en sí el envío de la demanda y sus anexos a protección; pues en este la parte actora; -ante requerimiento del Juzgado realizado el 17 de mayo de 2022, para que se notifique a protección;- informa al juzgado que el 14 de octubre de 2020 las 7:45 am envió la demanda y sus anexos, luego fue en esta fecha en que la demandada supo de la demanda, siendo claro que el del 3 de junio es un reenvío del realizado en octubre de 2020 y fue desde esas fechas en que observó que no estaba el auto admisorio; corroborando; pudo desde ahí interponer la nulidad, se itera lo que no hizo, pues actuó en la diligencia, a la cual fue citada, **luego con esa actuación saneó la nulidad como afirmara la Juez, única razón por la que se confirma el auto apelado, insistiendo que en que este fue también el único argumento de la decisión y que la recurrente no cuestionó limitándose a señalar la irregularidad que en su sentir existía.**

No sobra agregar; que el auto de fecha **20 de junio de 2023, en el que se da por no contestada la demanda por PROTECCIÓN SA y se cita a audiencia para el día 5 de julio del mismo año;** fue conocido por esta parte, pues de hecho asistió a la diligencia en donde se itera actuó sin proponer la nulidad saneándola.

En consecuencia y contrario a lo indicado por esta AFP en sus alegaciones, se **CONFIRMARÁ** el auto apelado.

Sin Costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2021-548-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JULIETA ANGULO DE BORJA
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C, el 18 de octubre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante

ANTECEDENTES

La señora JULIETA ANGULO DE BORJA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada a reliquidar y pagar a su favor pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 2013, bajo los parámetros del régimen de transición, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aplicando al IBL el 87% como tasa de reemplazo, junto con intereses moratorios e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de diciembre de 1945, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años, y al 25 de julio de 2005, tenía más de 750 semanas cotizadas, que acumuló un total de 1221 semanas cotizadas a los sectores público y privado, que el 22 de febrero de 2012, solicitó ante Colpensiones reconocimiento pensional y mediante resolución GNR 339908 de diciembre de 2013, le fue reconocida pensión de jubilación por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, en aplicación del régimen de transición, que el 20 de agosto de 2021, solicitó reliquidación pensional ante la demandada conforme los preceptos del Acuerdo 049 de 1990, la que le fue negada en resolución SUB283788.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó la totalidad de estos; propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y carencia de causa para demandar ABSOLVIENDO a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez que en relación con el estatus de pensionada de la demandante, este no había sido materia de discusión, que disfruta de una pensión de vejez conforme lo señalado en GNR 339908 del 4 de diciembre del año 2017, en aplicación de la Ley 71 de 1988, por lo que se tuvo en cuenta por parte de Colpensiones, un IBL de los

últimos 10 años de cotización, y una tasa de reemplazo del 75% para establecer como primera mesada pensional, la suma de \$2.207.338 a partir del año 2003.

En lo que tiene que ver con la reliquidación pretendida, indicó que tampoco había sido objeto de discusión que la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que a 1 de abril de 1994 contaba con 48 años de edad y con 345 semanas de cotizaciones a entidades públicas; en cuanto a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para efectos de sumar tiempos públicos y privados a fin de obtener una tasa de reemplazo del 87%, considera la demandante que conforme el criterio sentado por la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia es SL2557 del año 2020, es posible la acumulación de los tiempos públicos y privados para obtener la aplicación de la tasa de reemplazo o la ampliación de esta a un 87%; sin embargo, al realizar una lectura detenida de la sentencia en mención, señaló que no era posible la sumatoria de tiempos públicos aportados en aplicación del acuerdo 049 de 1990 con la única finalidad de beneficiarse con una tasa de reemplazo superior, como quiera que dicha norma no lo tenía así establecido, como sí lo contempla la ley como sí lo contempla la Ley 71 de 1988, que admite la concurrencia de tiempos públicos y privados para obtener el derecho pensional.

Indicó que conforme el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, razón por la que, a su juicio no era posible realizar la sumatoria de tiempos que solicita la parte actora, en tanto el acuerdo 049 de 1990, no lo previó de esa forma y no se desconocía el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia señalado en sentencia mencionada, sin embargo, no se compartía para aplicarlo en el caso en concreto, en tanto dicho criterio abría la puerta a una interpretación que no se acompasa con el espíritu de la norma, y permitía a quienes no eran beneficiarios naturales del acuerdo 049, obtener una tasa de reemplazo superior a la que consagra la norma que los rige; lo anterior tratándose de reliquidaciones Pensionales, pues constituiría un abuso del derecho, ya que, tal como lo había señalado la Corte Constitucional en sentencia C 258 del 2 de mayo del año 2013, se da cuando entre otras circunstancias se aprovecha “aquel que invoca las normas de

una forma excesiva y desproporcionada, que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue”; y en el caso bajo estudio, el objetivo de esta interpretación era obtener un reconocimiento del beneficio pensional, aunado a que la regla de inescindibilidad de las normas, comporta la imposibilidad de utilizar fraccionadamente las normas pensionales para regular la situación que mejor convenga al demandante, tal y como lo señaló la Corte Suprema de Justicia diferentes sentencias, posición que acogía el despacho porque no se vulneraba el principio de favorabilidad y porque es la interpretación que recoge la norma del artículo 36 cuando señala que se respeta de la norma anterior, el tiempo de servicio o semanas cotizadas, que permita la comunidad de los regímenes anteriores para escoger el más lo más favorable y desechar lo que no favorezca.

En este orden, la actora contaba con la expectativa de pensionarse con las normas del acuerdo 049 de 1990, porque a pesar de que no contaba con unas semanas cotizadas al ISS durante toda su vida laboral sí contaba con más de 500 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad, contemplados entre los años 1980 y el año 2000; sin embargo, como contaba con tiempo servidos a la Gobernación de Santander con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la Ley 71 de 1988, sí permitía la sumatoria de tiempos de servicio al sector público y los tiempos privados cotizados al ISS, la prestación pensional fue resuelta en amparo de esta última normativa que le permitió obtener una tasa de empleo del 75%, que resulta ser muy superior a la que le hubiera correspondido en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta que a la entidad demandada solo cotizó un total de 870 semanas en toda su vida laboral, con las que hubiera merecido apenas una tasa de reemplazo del 63%.

Concluyó que dadas las particularidades del caso, no podía ser interpretado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, de la forma en que lo solicitaba la demandante, pues lo allí esbozado, se encaminaba a la aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el único fin de determinar la causación de una prestación pensional, de lo que no se podía extraer la posibilidad de efectuar una reliquidación con el objeto de obtener no solo la causación del derecho como tal, sino la adquisición de otros beneficios pensionales, tales como una tasa de

reemplazo superior a través de una liquidación; este no era el alcance que se debía dar al criterio expresado por el órgano de cierre de la especialidad laboral, pues a acoger la interpretación que se planteaba por el demandante, abría paso a un evidente abuso de la norma, al darle una interpretación más favorable, lo que implicaría aceptar la existencia de una nueva modalidad pensional y efectuar una mixtura entre el Acuerdo 049 de 1990 y las leyes 33 de 1985, la 71 de 1988 y la 100 de 1993, con pleno desconocimiento de los postulados constitucionales y legales ya referidos, con el agravante de que no se estableció por el legislador la forma en la que se financiaría este tipo de prestaciones, siendo algo totalmente distinto a lo que originalmente previó legislador que terminaría favoreciendo a quienes no se previó cobijarse, circunstancia que además atacaba la sostenibilidad financiera del sistema, en la medida en que se desconoce que dicho acuerdo expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales obligatorios para la regulación exclusiva de las prestaciones reconocidas por el ISS y en virtud de aportes realizados a esa entidad con una tasa de reemplazo, ingreso base de liquidación que estaba de acuerdo con el funcionamiento mismo del régimen pensional, sin permitir este tipo de acumulación de tiempos, dado que para dicha hipótesis se creó el régimen de la ley 71 de 1988, con normas diferentes y expedidas dentro de un contexto histórico en el que el sistema de financiación de las prestaciones atendía a unos criterios y parámetros específicos de la realidad social vigente para la época, norma que no ha sido derogada en forma definitiva.

Además, la ley 100 de 1993 reconocía la pluralidad de regímenes pensionales preexistentes y si bien buscó unificarlos en un sistema global, expresamente negó la posibilidad de realizar mixturas de sus normas, como se podía desprender de lo que se dispone en el artículo 288 de la norma en cita, según el artículo 36 de esta ley, establece que el tiempo o el número de semana se rige por las disposiciones anteriores a las cuales se encontrara la persona afiliada, no resultaba acertado que a la forma de computarlo no se le dé el mismo tratamiento y así lo establecido la CSJ, entre otras en sentencias SL4010 de 2019 y SL4461 de 2014, la interpretación que sugería la parte demandante, además de ser más conveniente a los intereses del pensionado y carecer de sustento normativo, no se acompañaba con la finalidad del mencionado régimen de transición, que es la protección de las expectativas personales de quienes se encontraban en camino de

construcción de su pensión, pues las llamadas a ser protegidas, serían aquellas que conforme esa normativa que le era aplicable antes del tránsito legislativo, les permitieran el reconocimiento de una pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos allí previstos y si no se contemplaba la sumatoria de dichos tiempos, no podrían acceder a las prestaciones pensionales, no existiendo ahora ninguna razón para que, en virtud del régimen de transición sea posible perpetuarlo incrementando las desigualdades que venían rigiendo con anterioridad; que dicha distinción no significaba una violación al derecho irrenunciable a la Seguridad Social, por no tratarse de condiciones pensionales similares o equiparables y el artículo 12 del Acuerdo 049 establece como supuesto para la causación del derecho a la pensión de vejez la acreditación de un mínimo de semanas cotizadas pagadas o sufragadas, lo que permite excluir los tiempos de servicios no cotizados a la entidad porque requiere de cotizaciones efectivamente sufragadas.

Afirmó por último que la diversidad de criterios jurídicos entre una y otra corporación por ningún motivo, constituía un trato discriminatorio para las partes en un proceso, o la vulneración de los derechos fundamentales, ya que estos criterios eran fruto de una valoración normativa, fáctica y probatoria, y no arbitraria, en ejercicio razonable y debidamente sustentado en la luz de la autonomía e independencia que ostentan los jueces en sus decisiones, no siendo dable acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que a pesar de que a la actora se le había reconocido que pensión con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta no se liquidó bajo los parámetros del Decreto 758, para lo cual, se debía tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ya había proferido al respecto criterio jurisprudencial que era de obligatorio cumplimiento para los jueces y magistrados del territorio nacional y en este se accedió a modificar el criterio que ya tenía establecido esa Corporación y aceptar la sumatoria de tiempos públicos y privados; debiéndose tener en cuenta que la demandante, laboró entre el 25 de mayo de 1970 hasta el 8 de febrero de 1977, con la Gobernación del Departamento de Santander, y cotizó de forma independiente desde el 1 de septiembre de

1996 hasta el 30 de agosto de del 2003, es decir, que esta sumatoria de estos periodos, que acumulaban un total de 1221 semanas, se debían computar para obtener un incremento de su mesada pensional de 12 puntos, hasta el 87% del ingreso base de liquidación.

Que la CSJ había emitido sentencia de unificación 769 de 2014 y a pesar de que la Corte en su momento había establecido que la sumatoria de tiempos públicos y privados se podía tomar en caso de reconocimiento de la prestación, también había dejado claro que esta acumulación, era posible en la medida en que no se podía discriminar los períodos de tiempo, no se podría eliminar los períodos de tiempo que habían sido cotizados a entidades públicas solamente porque el decreto 758 no lo decía expresamente, toda vez que la exclusividad de los aportes a esa entidad, era evento que no había previsto en el acuerdo 049, entonces, resultaba posible esta acumulación, también la Corte en sentencia del mismo año 2020, había accedido a que se reconocieran intereses moratorios en caso de reliquidaciones, como quiera que, se generaba un detrimento patrimonial a los pensionados, al no reconocerle su mesada pensional de forma completa y accediendo a la totalidad de los derechos que ya ellos habían acreditado, los que habían consolidado en la en la creación de su historia laboral.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, se tiene que como bien lo adujo la decisión de primer grado, en el asunto bajo estudio, no ofreció reparo que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por virtud del cual, se le reconoció prestación pensional bajo los apremios de la Ley 71 de 1988, circunstancia que se corrobora con resolución de reconocimiento pensional GNR 339908 del 4 de diciembre de 2013, que da cuenta de que la prestación en comento, fue reconocida a partir del 1 de septiembre de 2013.

Ahora bien, si bien la demandada aplicó la Ley 71 de 1988, su actuar obedeció a que la referida norma permite computar tiempos públicos y privados, no así, el Acuerdo 049 de 1990, y en tal orden de ideas, no era caprichoso por parte de la entidad, negar la reliquidación pensional conforme el Decreto 758 de

1990, criterio que venía siendo asumido de igual manera por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, la anterior postura fue modificada por esa Corporación, que se constituye como el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, mediante la sentencia SL1947 del 1 de julio de 2020, radicación 70918, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez, en el sentido que:

“A las pensiones derivadas régimen de transición de la Ley 100 de 1993 le es aplicable el cómputo de tiempos públicos y privados, pues i) pertenecen al sistema general de seguridad social, ii) los aportes a seguridad social del afiliado se basan en el “trabajo humano” al margen del sector público o privado en el que hayan prestado los servicios y iii) si bien se conserva la edad, el tiempo y el monto de la ley anterior, en lo demás son gobernadas por la mencionada ley que, finalmente, es la fuente que permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación”.

De igual forma y contrario a lo indicado en la decisión de instancia, la sumatoria de tiempos públicos y privados, con fundamento en la variación de criterio antes transcrito, también procede para obtener la **reliquidación** pensional y así lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia así lo indicó en sentencia SL 1078 de 2023, M.P. Ómar Ángel Mejía, oportunidad en que indicó:

*Pues bien, le asiste razón a la recurrente por cuanto la jurisprudencia actual de la Corporación es partidaria de que si **es acumulable el tiempo de servicios públicos no cotizados al ISS con el fin de obtener una reliquidación de la pensión de vejez, siguiendo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. (Negrilla fuera del texto original)***

Es necesario precisar que en el caso sub examine se excluye del debate probatorio la calidad de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, su edad y número de semanas cotizadas que en este caso asciende a 1221.

Y, debe la Sala memorar que abandonó el criterio de que no era permitido acumular el tiempo de servicios no cotizados al ISS del sector público con el cotizado en la demandada desde la sentencia CSJ SL1981-2020, reiterada en CSJ SL3110-2020, SL4480-2020, SL182-2021 y SL3801-2021).

En cuanto a la interpretación que debe darse a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 y la sumatoria de tiempo de servicios en el sector público no cotizados al ISS se dijo en sentencia CSJ SL3801-2021 que:

1. EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 ES CLARO EN QUE PARA LA PENSIÓN DE VEJEZ DE LOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN SE DEBE TENER EN CUENTA LA SUMATORIA DEL TIEMPO DE SERVICIO PÚBLICO Y LAS SEMANAS COTIZADAS AL ISS O A ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL.

Así las cosas, la suscrita en anteriores pronunciamientos respecto al tema puesto a consideración acogió la nueva postura de la Sala Laboral de la CSJ, esbozada en sentencia SL1947 de 2020 respecto a la procedencia de sumar tiempos cotizados por a los sectores público y privado para la obtención de la pensión prevista en el Acuerdo 049 de 1990, contrario a lo señalado en la decisión de instancia.

Es así que para el caso de la demandante, como bien lo refiere esta parte en alegaciones, no se observa impedimento alguno en disponer la reliquidación pensional en la forma que lo peticona y que como bien lo indica esta parte en sus alegaciones, le resulta más favorable, esto es, aplicando una tasa de reemplazo del 87% al IBL aplicado por la demandada en resolución de reconocimiento pensional GNR 339908; lo anterior por cuanto no ofreció reparo y así da cuenta el acto administrativo en comento, que la demandante acumula un total de cotizaciones a los sectores público y privado de 1215 semanas, lo que habilita para disponer la reliquidación de su prestación con una tasa de reemplazo del 87%, en los términos del parágrafo 2 del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, debiéndose **revocar** la decisión de primer grado.

Intereses moratorios

Como se señaló en apartes iniciales de este pronunciamiento, el actuar de la entidad demandada al negar la reliquidación peticonada, no resulta caprichoso, pues realizó el reconocimiento pensional conforme la normatividad vigente para la época, no configurándose los presupuestos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 para imponer condena por concepto de intereses moratorios, máxime cuando la reliquidación que se ordena, se da por virtud de cambio de criterio jurisprudencial, escenario en el cual, como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL2013 de 2023, M.P. Iván Mauricio Lenis, tal condena no resulta procedente; en su lugar y a efectos de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, se ordenará pagar las diferencias pensionales resultantes de manera indexada.

Prescripción

Determinada la procedencia de reliquidar la prestación de la actora, se observa que esta elevó reclamación administrativa ante la demandada el 20 de agosto de 2021, como se evidencia en expediente digital, peticonando la

reliquidación pensional con la tasa de reemplazo prevista en el Acuerdo 049 de 1990, encontrándose por tanto afectadas por el fenómeno prescriptivo las diferencias pensionales causadas antes del **20 de agosto de 2018**.

Por último, se autorizará a la demandada a efectuar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud sobre las diferencias pensionales causadas.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la demandada.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida para en su lugar **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reliquidar en favor de la demandante la pensión de jubilación reconocida, aplicando para el efecto una tasa de reemplazo del 87%, a partir del 20 de agosto de 2018; indexando las diferencias pensionales resultantes al momento de su pago.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente PROBADA la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad del 20 de agosto de 2018.

TERCERO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que efectúe los descuentos, por el valor de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud sobre las diferencias pensionales reconocidas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de la demandada.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 16-2019-00689-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA JARAMILLO GUTIÉRREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.227.003 y tarjeta profesional No. 214.303 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. LUISA FERNANDA RODRÍGUEZ BONILLA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.015.409.647 y tarjeta profesional No. 236.106 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Skandia, Porvenir y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 13 de junio del 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARTHA LUCÍA JARAMILLO GUTIÉRREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad de la vinculación de la demandante al RAIS efectuada a la AFP Horizonte hoy Porvenir para febrero de 1996 y el traslado posterior a la AFP Porvenir, Protección y Skandia; que se DECLARE que la demandante nunca efectuó un traslado válido al RAIS; se DECLARE que se encuentra legalmente afiliada a Colpensiones. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA a registrar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna afiliación válida a dicha entidad; se CONDENE a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación de la demandante y actualice su historia laboral, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 29 de abril de 1965; que laboró para el empleador SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. desde el 08 de febrero de 1991 al 31 de diciembre de 1995; que estuvo afiliada a Colpensiones; que en febrero de 1996 se suscribió a la AFP Horizonte hoy Porvenir; que posteriormente se afilió a Protección en el año y Skandia; que no recibió la información necesaria al momento del traslado; que a la fecha cuenta con más de 1300 semanas; que solicitó la nulidad del traslado al RAIS sin obtener una respuesta favorable.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó parcialmente el 17, 22 y 27; negó el 18, 19, 20, 21, 23 y 24 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 25 y 29; negó el 13, 14, 15, 16, 23 y 24 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos Públicos y del Sistema General de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica.

La **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 4, 5, 11, 26 y 30; negó el 6, 7, 8, 9, 10, 23 y 24 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción,



prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y, buena fe.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 3, 4, 35 y 39 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia afectación por protección judicial, perfeccionamiento actos de relacionamiento, falta de reclamación administrativa, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistencia, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe, la innominada o genérica

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional realizado por MARTHA LUCÍA JARAMILLO GUTIÉRREZ del RPMPD al RAIS del 18 de enero de 1996 a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiere ocurrido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES aquellos valores que hubiera podido recibir por motivo de la afiliación de la demandante que se encuentre en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, intereses y gastos de administración, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada con cargo a sus propios recursos discriminado los respectivos valores en detalle pormenorizado de ciclos que deben reportarse los aportes pagados...



TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante en el período que estuvo afiliada a dicha AFP entre el 18 de enero de 1996 y el 18 de febrero del 2003, así como el período comprendido entre el 21 de febrero del 2006 hasta el 28 de noviembre del 2012 como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas de la aseguradora -con todos los frutos e intereses si los hubiere así como lo relativo al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con todos sus fondos e intereses si los hubiere, sumas que deberán pagarse de manera indexada con cargo a sus propios recursos conforme lo indicado.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante en el período comprendido entre el 19 de febrero del 2003 y el 20 de febrero del 2006, tales como gastos de administración, sumas de la aseguradora, comisiones, seguros previsionales porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con todos sus fondos e intereses si los hubiere, sumas que deberán trasladarse de manera indexada con cargo a sus propios recursos conforme lo indicado.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir tanto de SKANDIA S.A. como de PROTECCION S.A.A y PORVENIR S.A. los emolumentos de los numerales inmediatamente anteriores y sin reparo alguno para efectos de reactivar válidamente la afiliación de la demandante y proceda enseguida realizar los trámites administrativos pertinentes que se vean reflejados en la historia laboral de MARTHA LUCIA JARAMILLO GUTIÉRREZ con la respectiva imputación de pagos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este providencia.



SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas teniendo en cuenta los resultados del proceso.

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A....

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la CSJ; que en el presente caso no se probó haber brindado a la demandante la información necesaria al momento del traslado; que no puede manifestarse que la decisión fue libre y voluntaria cuando el afiliado no conocía la incidencia de su traslado; que no era necesaria que tuviera una expectativa legítima o fuera beneficiaria del régimen de transición; que no se ve afectada por el fenómeno prescriptivo; que al declararse la ineficacia deben volver las cosas como si el traslado nunca hubiere existido.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien ya existe un precedente jurisprudencial por parte de la CSJ, también ha indicado que no puede aplicarse de manera homogénea, pues debe existir una similitud fáctica; que realizó el traslado bajo la normatividad que se encontraba presente para esa data; que recibió una asesoría clara y transparente; se vinculó de manera libre y voluntaria; que su vinculación reviste de plena validez; que el deber de información ha sido más exigente con el pasar de los años; que no puede entenderse que con la firma del formulario no sea suficiente para acreditar la voluntad libre y consciente de afiliarse al RAIS; que para la fecha del traslado era suficiente con la firma del formulario; que no resulta viable en consideración a las restituciones mutuas que se ordene la devolución de los gastos de administración y las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales; que estos montos tienen por mandato legal una destinación específica y que esas sumas fueron debidamente invertidas y no se encuentran en poder de dicha entidad y que las sumas de seguros previsionales están en poder de las aseguradoras que se contrató; que la devolución de estas sumas resulta



improcedente conforme lo conceptuado por la Superintendencia Financiera entidad que se encuentra entre otras encargada de vigilar a los fondos de pensiones;

De otro lado, **Skandia Pensiones y Cesantías S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que frente a las sumas adicionales que estos rubros están en cabeza de las aseguradoras con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y sobrevivencia, por lo que este rubro solo tiene operatividad en el caso en que se cumplan los requisitos contemplados para la causación y disfrute de las pensiones ya sea de invalidez o sobreviviente y siempre y cuando el capital del afiliado no alcance para sufragar este tipo de pensión; que en este caso no estamos calificando una pensión de invalidez y sobreviviente por ende no se debe ordenar en la sentencia la devolución de estas sumas adicionales; en cuanto a la devolución de los gastos de administración señala que la norma indica claramente cuáles son los recursos que deben trasladarse cuando opera un traslado de régimen; que así además lo ha indicado la Superintendencia Financiera, que al ordenar esta devolución de su propio patrimonio se afecta la AFP y al RAIS; que se evalúe la figura de la prescripción frente a estos conceptos, pues estas sumas no están destinadas a cubrir el riesgo de la pensión, por lo que si prescribe al ser un derecho crediticio; que son las aseguradoras quienes deben asumir los seguros previsionales; que no esta de acuerdo con que se deba ordenar que estas sumas se devuelvan de manera indexada, pues solicita se acoja el criterio del Tribunal de Cali quien indica que se deben compensar con los rendimientos, no siendo procedente indexar dichas sumas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Martha Lucía Jaramillo Gutiérrez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP HORIZONTE hoy



PORENIR en el año 1996 y, posteriormente, a la AFP SANTANDER hoy PROTECCION en el año 2003, a la AFP PORVENIR en el año 2006, a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR en abril del 2012 y a la AFP SKANDIA en noviembre del 2012; esta última es la entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, contrario a lo pretendido por Porvenir en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los



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

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

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

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

En ese orden, concluyó que:



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

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

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

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



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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial.

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

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la



Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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



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

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

Adicionalmente, el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invocan Skandia y Porvenir en su apelación, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprocha la AFP en mención. Así como tampoco puede acogerse la sentencia del Tribunal de Cali por no ajustarse al precedente jurisprudencial de la CSJ.

Por último, en cuanto a la excepción de prescripción, se tiene que la acción impetrada, no es de naturaleza civil, sino laboral, por ende este fenómeno en asuntos laborales y de seguridad social, encuentra al respecto norma expresa contenida en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS; no obstante lo anterior, bien sabido es que la acción adelantada al involucrar derechos pensionales, se torna imprescriptible, pudiendo impetrar la acción a efectos de lograr la declaratoria de ineficacia de su traslado en cualquier tiempo, pues esta posibilidad, no se extingue por el paso del tiempo como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL4559 del 23 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas.

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



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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2020-119-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora DIANA CAROLINA SÁNCHEZ, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 31 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las Colpensiones, Porvenir S.A. y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., con el fin de que se DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada con la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que se ordene a Porvenir S.A., y a Colpensiones adelantar los trámites necesarios para llevar a cabo su retorno al RPM administrado por Colpensiones. Como consecuencia de tales declaraciones peticiona ordenar a Porvenir S.A., a trasladar a favor de Colpensiones las sumas de dinero recibidas con motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y ordenar su validación en la historia laboral, y a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y validarlos en la historia laboral del demandante, que se condene a las demandadas al pago de intereses moratorios y al fondo de pensiones al pago de la suma de 50 SMMV. Por último, solicita se condene en costas a las demandadas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 18 de mayo de 1958, consecuentemente cuenta con 61 años de edad, que ingresó a laborar el 2 de enero de 1979, en la Compañía Álvaro Ángel y Cía., que el contrato fue finalizado el 7 de julio de 1980, que se afilió a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que una vez inició el sistema pensional administrado por los fondos privados de pensiones, estos comenzaron a ejercer una publicidad muy agresiva y engañosa, por diferentes medios masivos de comunicación, omitiendo brindar la información desfavorable a los clientes potenciales del entonces nuevo régimen y deformando las condiciones de los diversos regímenes pensionales, que la publicidad engañosa y la presión de su empleador resultaron decisivas para tomar la decisión de trasladarse de régimen, que las omisiones en la información aunadas al engaño de que fue objeto fueron determinantes para que se afiliara al RAIS.

Indica que como resultado del engaño del cual fue víctima, suscribió el formulario de solicitud de vinculación o traslado el 18 de noviembre de 2002, al Fondo de Pensiones Obligatorias y Cesantías Porvenir, que los promotores de ventas del referido fondo, no le hicieron las advertencias de los riesgos que existían por trasladarse de régimen ni le informaron en el momento del traslado ni con posterioridad que tendría un limitante para devolverse al RPM, que nunca le advirtieron que la pensión podría ser notablemente inferior a la que podría obtener de mantenerse en el RPM, que no le indicaron que eventualmente no lograría consolidar su derecho pensional por cuanto el



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

capital podría ser insuficiente, que no le informaron que el monto de la pensión dependía de la modalidad que escogiera ni le explicaron las distintas modalidades en las cuales se podía acceder al derecho pensional, que no le advirtieron que la negociación del bono pensional implicaba un importante sacrificio financiero.

Refiere que además de omitir la información señalada a la que estaba obligado el referido fondo, se le engaño pues se le indicó que la condición pensional sería mucho más ventajosa, que el RPM desaparecería, que le convenía trasladarse, que sólo tenía que firmar un documento y que podría aspirar a una pensión anticipada, que al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen, el empleador para el cual se encontraba laborando, autorizó y facilitó a Porvenir S.A., la entrada de sus asesores, que su situación actual es sumamente desventajosa por haber seleccionado el fondo de pensiones privado, que solicitó a Porvenir S.A., una proyección financiera de su pensión, la cual reveló que el monto de su mesada ascendería a la suma de \$877.803, que de acuerdo con los parámetros contenidos en el RPM, el monto de la mesada pensional ascendería a la suma de \$2.258.593.

Por último, señala que presentó solicitud de nulidad de afiliación ante Porvenir S.A., la cual fue respondida de manera negativa, que nunca recibió asesoría profesional especializada y personalizada para determinar cuál de los regímenes le convenía más, que fue informado por terceros de la afectación en su monto pensional y no por asesores de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, esto con posterioridad al momento en el cual se encontraba a menos de 10 años de cumplir los requisitos para consolidar su derecho pensional, de tal suerte que no contaba con la posibilidad de regresar al RPM, que nunca contó con el asesoramiento de expertos que le ayudaran a tomar una mejor decisión para forjar el camino a la pensión y amparo a su vejez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos negó los No. 8 a 17, 19, 21 a 25 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los No. 1 y 4 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 18 de noviembre del año 2002, con fecha de efectividad a partir del 1 de enero del año 2003, a través de PORVENIR, por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES aquellos valores que hubiere podido recibir con motivo de la afiliación del demandante y que se encuentran en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con todos sus frutos e intereses, comisiones y gastos de administración; dineros que deberán ser trasladados en forma indexada con cargo a sus propios recursos, discriminados los respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC reportado, aporte pagado, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en el numeral inmediatamente anterior para efectos de reactivar la afiliación del demandante y proceder enseguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ, con la respectiva imputación de pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., y en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional, atendiendo a la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se apartó del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad e ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, atendiendo lo expuesto por dicha Corporación en múltiples sentencias de tutela y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en las que se pueden encontrar la STL del 13 de mayo de 2020, Rad. 59412, la STL 3201, STL 3716, STL 8125, todas del año 2020, STL 4202 de 2022, entre muchas otras más, que dejaron sin efectos las sentencias proferidas en segunda instancia; exhortando a los operadores judiciales a acatar el precedente vertido en la línea jurisprudencial que ha trazado el máximo órgano de cierre desde la sentencia SL del 9 de septiembre de 2008, Rad. 31989, SL 12136 de 2014, SL 19447 de 2017, SL 4426, la 1452 de 2019, la SL 373 de 2021, entre muchas otras.

Que se encontraba acreditado dentro del plenario que el demandante nació el 18 de mayo de 1958, cotizó desde enero de 1976, al 30 de noviembre del año 2002, como da cuenta el reporte de semanas cotizadas expedida por dicha entidad, el reporte fue el que allegó la parte demandante el 31 de agosto de 2022, donde se verifica que se cotizó entre esa fecha y el 30 de noviembre del año 2004, aunque aparecen las semanas de 2004, en cero; la última semana sería del 30 de noviembre de 2002, con un total de 609.57 semanas. También se acreditó que el 18 de noviembre de 2002, se trasladó el demandante al RAIS administrado por Porvenir, con fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 2003, administradora a la cual se encuentra actualmente vinculado y con un total de 1.532 semanas de conformidad con la historia laboral consolidada allegada el 31 de agosto de 2022.

De manera que el traslado de régimen pensional por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requería para su eficacia y validez del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno o cualquiera



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

de los regímenes del Sistema General de Pensiones será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado; el inciso primero del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos que por primera vez se trasladaran del RPM al RAIS, que deberían entregar una comunicación escrita donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin precisiones y el inciso séptimo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera pre impresa en el formulario de vinculación en relación con que la decisión que se está tomando por parte del afiliado es libre, voluntaria y sin presiones, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el deber de información de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social Integral, se ha referido la Jurisprudencia Laboral, entre otras, en sentencias como la SL del 9 de septiembre de 2008, Rad. 31989, 31314, SL del 22 de noviembre de 2011, con Rad. 33083, SL 12136 de 2014, la SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 5292 de 2021, SL 1017, SL 1497 y 1501 de 2022, que han considerado que son estas entidades las que en todo caso deben garantizar cuando exista un traslado de régimen pensional que el afiliado estuvo frente a una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente y objetivamente verificable al punto que hubiese podido conocer e identificar los riesgos que implicaba dicho acto y a su vez los beneficios que a quien le reportaría de manera clara.

Ahora, la circunstancia de que el accionante pertenezca o no al régimen de transición o que no hubiera tenido una expectativa legítima para pensionarse bajo el régimen público, no necesariamente conllevaba a que perdiera la posibilidad de retornar al RPM en el evento en que no se demuestre por parte de la AFP que se le suministró una información clara y concreta al momento del acto jurídico del traslado, aspectos que en este caso controvertido y según en expresa aplicación de la jurisprudencia citada, la AFP Porvenir no probó pues los fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional, en tratándose de procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia es a la administradora de fondos a la que le incumbe demostrar que ha cumplido con



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

los afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.

Así las cosas, la administradora del RAIS, Porvenir S.A., no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que había lugar a declarar la ineficacia del traslado al régimen reprochado en la demanda y lo que relacionado con la prescripción, de tiempo atrás había sostenido la Sala de Casación Laboral de la máxima Corporación en la jurisprudencia citada, que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectado por este fenómeno; de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, Colpensiones tendrá la obligación de aceptar la afiliación del demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del RAIS, por parte de Porvenir S.A., tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con todos sus frutos e intereses; por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias SL 1421 de 2019, 1688 de 2019, SL 638 de 2020, SL 5292 de 2021, SL 1017, SL 1022, entre otras, en concordancia con los artículos 963 y 1746 del Código Civil. Por tanto, dichos valores deben ser retornados en forma indexada y con cargo a los propios recursos de la AFP, discriminados con los respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC reportado y aporte pagado. En consecuencia, así se condenará a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** manifestó que se presenta la existencia de una indebida o nula interpretación del artículo 1604 del Código Civil, dentro de los fallos relacionados de traslado de régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte Suprema de Justicia hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS pero si le obliga a



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño, este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse; en este sentido, el Decreto 2241 de 2010, que establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, de conformidad con la anterior normatividad existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado.

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió de manera parcial frente al numeral segundo de la sentencia proferida, tendiente a la devolución de los gastos de administración, prima de seguro previsional y demás emolumentos distintos a las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual pues la devolución de estos dineros hacia Colpensiones no está contemplada en ninguna norma, tanto en la Ley 100 como a nivel constitucional; precisa que estos gastos de administración y sumas de dinero distintas a cotizaciones y rendimientos no le pertenecen a los demandantes en este tipo de procesos en ninguno de los dos regímenes y tampoco están llamados a financiar la pensión de vejez del demandante, en este caso.

Por otro lado, la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto emitido el 15 de enero de 2020, manifestó que en los eventos en los que se declarase la ineficacia del traslado como en efecto ocurrió, los únicos rubros a devolver serían cotizaciones y rendimientos no haciendo mención en ninguna parte a gastos de administración o prima de seguro previsional.

Por otra parte, la devolución de estos dineros hacia Colpensiones genera un enriquecimiento sin causa a favor de esta codemandada, habida cuenta que no hay una norma legal ni constitucional que disponga tal devolución de estos gastos de administración o sumas de dinero distintas a cotizaciones y



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

rendimientos, ha de entenderse que conforme lo establece el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, cuando se da un cambio de régimen pensional como el que se traduce con la ineficacia, los únicos rubros a devolver son cotizaciones y rendimientos. En igual sentido, al no estar estos dineros tendientes al reconocimiento de la pensión de vejez no puede predicarse su imprescriptibilidad, característica por la que solicita declarar la prescripción respecto de todos estos rubros.

No era procedente declarar la devolución de estos rubros de manera indexada pues al ordenarlo así, se está generando una doble condena en cabeza de Porvenir y se está vulnerando el principio del derecho de que nadie puede ser condenado dos veces por el mismo hecho. En este caso, sería una condena doble vez a Porvenir, en la medida de que Porvenir ya está siendo condenada a la devolución de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos que se están generando y que se le van a devolver al demandante, actualizados al valor monetario actual, circunstancia por la que se dejaría sin fundamento el fenómeno de la indexación.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 18 de noviembre de 2002, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

Sobre el particular, si bien se petitionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Luis Fernando Fernández López, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 2002; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que el suministro del deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular del actor, ya que en este



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópico también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones, el demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a él como afiliado toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por estas, aunado a ello, dicho acto se encuentra afectado de ineficacia, razón por la cual, no nació a la vida jurídica y todos los actos que se realizaron con ocasión del mismo, corren la misma suerte.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, como indica Colpensiones en alegaciones, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló, alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

En cuanto a los gastos de administración y primas de seguro previsional, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la AFP Porvenir S.A., en recurso y alegaciones, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

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

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y, por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; igual suerte corre la condena por concepto de indexación, pues del criterio jurisprudencial transcrito, se determina que los conceptos objeto de condena, deben ser trasladados junto con corrección monetaria.

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A., emanado por la Superintendencia Financiera, no ostenta el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

De otra parte y si bien el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2002**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11202000119-01 Dte.: LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO EJECUTIVO No. 15-2020-00343-01
ASUNTO: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO
DEMANDANTE: MARÍA CRISTINA VELÁSQUEZ AMAYA
DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión y los alegatos presentados por la UGPP, se procede a dictar la siguiente providencia:

ANTECEDENTES

La señora MARÍA CRISTINA VELÁSQUEZ AMAYA instauró demanda ejecutiva a continuación del proceso ordinario, por lo que el Juez de Primer Grado mediante providencia del 10 de noviembre del 2020 libró mandamiento de pago en su favor y en contra de la UGPP por las siguientes sumas y conceptos:

1. Por **LA OBLIGACION DE HACER,** contentiva en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA CRISTINA VELÁSQUEZ AMAYA, identificada con CC N° 42.878.086, a partir del 22 de octubre de 2011, en la cuantía que devengaba el pensionado, la cual debe ser reajustada conforme los incrementos legales, junto con el valor del retroactivo que se cause hasta la fecha en que la demandante sea incluida en nómina de pensionados y en 14 mesadas.



2. Por el pago de los intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 22 de enero del 2012 y hasta el momento en que la demandante sea incluida en nómina de pensionados.
3. Por la suma de \$5'000.000 por concepto de costas fijadas en primera instancia.

El apoderado de la ejecutada presentó excepciones contra el mandamiento de pago. Señaló que presentaba la excepción de pago argumentando que mediante la Resolución RDP 6476 del 06 de marzo del 2020 dio cumplimiento al fallo proferido dentro del proceso ordinario.

Frente a lo anterior, la parte ejecutante señaló que con la Resolución RDP 006476 del 06 de marzo del 2020 se dio cumplimiento parcial a lo ordenado en el proceso ordinario, en tanto, la UGPP le canceló la obligación de manera parcial, como quiera que las mesadas pensionales e intereses de mora ascendieron a la suma de \$253'123.208 y la ejecutada tan sólo le pagó la suma de \$237'292.836 por mesadas e intereses adeudados, estando aún pendiente de cancelar la suma de \$15'830.371 más la suma de \$5'000.000 correspondiente a las costas procesales.

AUTO APELADO

El *A quo* en Audiencia Pública Especial de que trata el artículo 443 del C.G. del P. celebrada el 25 de enero del 2023 resolvió la excepción al mandamiento de pago formuladas por la ejecutada, de la siguiente forma:

“PRIMERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de pago, propuesta por la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES respecto al reconocimiento a favor de la señora demandante de las mesadas pensionales por retroactivo adeudado, y los intereses moratorios, conforme se expuso en la parte motiva.



SEGUNDO: ORDENAR incorporar al plenario la liquidación efectuada por el despacho sobre este retroactivo y los intereses moratorios, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: ORDENAR seguir adelante con la ejecución correspondiente al pago de la suma de \$ 5.000.000 por concepto de costas del proceso ordinario, conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: REQUERIR a las partes para que presenten la correspondiente liquidación del crédito conforme en los términos del artículo 446 del código general del proceso.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte ejecutada, inclúyase como agencias en derecho a su cargo a la parte ejecutada por concepto del presente proceso la suma de \$500.000.”

Fundamentó su decisión señalando básicamente que se encuentra probado que la UGPP canceló las sumas correspondientes a mesadas pensiones e intereses moratorios, los cuales conforme a la liquidación que efectuó por el Despacho se observaron que fueron liquidados y pagados correctamente. Que la diferencia que tiene la parte ejecutante radica principalmente en el descuento que efectuó la UGPP del retroactivo por concepto de aportes a salud los cuales son procedentes conforme lo ha explicado la CSJ y se encuentra plasmado en la ley. Y que no se evidencia ningún error en la liquidación de los intereses moratorios. Señala que lo único que se encuentra por pagar es el valor de \$5'000.000 de las costas procesales por lo que se ordena seguir la ejecución por dicha suma.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la **ejecutante** interpuso recurso de apelación argumentando que de acuerdo con la liquidación de intereses moratorios que fue aportada con el escrito de demanda ejecutiva, se estableció que frente al valor por el cual realizó el pago la parte ejecutada, existe una diferencia, puesto que en el capital final del retroactivo se estableció la suma de \$126'034.428 y un valor final de los intereses en la suma de



\$127'888.780, para un resultado final de \$253'123.208; por lo que tal y como se indicó en el memorial de pronunciamiento del auto del 05 de mayo del 2022 a la fecha todavía hay una diferencia de \$15'830.371 más las costas del proceso, por lo que todavía no se encuentra satisfecha la obligación.

Por su parte, la **UGPP** interpone recurso de apelación argumentando que no está de acuerdo con la orden de seguir la ejecución por valor de \$5'000.000 por las costas procesales, señalando que se equivoca el Despacho al confundir las funciones de la UGPP con las funciones del FOPEP, siendo que la UGPP no es pagadora de pensiones, simplemente es la ordenadora del reconocimiento de las pensiones en favor de sus beneficiarios. Indica que la UGPP ha cumplido y pagado la obligación que es de hacer, como es reconocer la pensión en favor de la aquí demandante y reconocer en igual sentido las costas que ordenó esta Corporación, lo cual se encuentra demostrado en la Resolución de cumplimiento como en el Acta del Comité del 19 de diciembre del 2022.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que convoca la atención de la Sala consiste en determinar ¿si acertó el fallador de primera instancia al declarar probada parcialmente la excepción de pago o si debe declararse probada la excepción de pago total de la obligación como lo solicita la UGPP?

Para resolver el problema jurídico debemos recordar que en materia laboral conforme lo dispone el artículo 100 del C. P. del T. y de la S.S. será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que **emane de una decisión judicial** o arbitral en firme.

Siendo necesario precisar, que al encontrarnos dentro de un proceso ejecutivo ya no se va a debatir a quien le asiste el derecho o a que tiene derecho, pues en este proceso, sólo se persigue la efectividad del derecho



reconocido o declarado en favor de una de las partes; convirtiéndose así la sentencia proferida dentro del proceso ordinario, en el título ejecutivo que sirve de base de la presente ejecución.

Ahora, con base en la sentencia proferida dentro del proceso ordinario y teniendo en cuenta que la señora María Cristina Velásquez Amaya solicitó el cumplimiento de la sentencia, el *A quo* procedió a librar mandamiento de pago por los siguientes conceptos:

1. Por **LA OBLIGACION DE HACER,** contentiva en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA CRISTINA VELÁSQUEZ AMAYA, identificada con CC N° 42.878.086, a partir del 22 de octubre de 2011, en la cuantía que devengaba el pensionado, la cual debe ser reajustada conforme los incrementos legales, junto con el valor del retroactivo que se cause hasta la fecha en que la demandante sea incluida en nómina de pensionados y en 14 mesadas.
2. Por el pago de los intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 22 de enero del 2012 y hasta el momento en que la demandante sea incluida en nómina de pensionados.
3. Por la suma de \$5'000.000 por concepto de costas fijadas en primera instancia.

El fallador de primera instancia encontró que la **UGPP** ya canceló a la ejecutante las sumas correspondientes por concepto de retroactivo e intereses moratorios, por lo que declaró probada la excepción de pago frente a estos conceptos, con lo cual no está de acuerdo la parte ejecutante, quien insiste que aún se le adeuda \$15'880.371 más las costas del proceso.

Lo primero que debe indicarse es que, si bien la ejecutante refiere que aún no se ha pagado la totalidad de lo adeudado, lo cierto es, que ni siquiera indica en donde está el error del fallador de primera instancia y de la UGPP; simplemente se limita a decir que respecto de la liquidación que ella elaboró



existe una diferencia aún por pagar, por lo que no plantea claramente en donde considera que erró el fallador de primera instancia en su providencia.

En segundo lugar, al revisar la liquidación efectuada por el fallador de primera instancia y por la UGPP para dar cumplimiento a la sentencia judicial en la Resolución RDP 006476 del 06 de marzo del 2020, se encuentra que dicha liquidación está ajustada al mandamiento de pago y que fue liquidada correctamente, por lo que acertó el *a quo* al señalar que la UGPP ya pagó las sumas correspondientes al retroactivo pensional y los intereses moratorios.

Ahora, en cuanto al descuento que se hizo del retroactivo de \$13'069.160,25 por descuentos en salud, debe recordarse que dicho descuento se debe hacer por mandato legal conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993 que dispone que *“...La cotización para salud establecida en el Sistema General de Salud para los pensionados, está, en su totalidad, a cargo de estos...”* de manera que dicho descuento debe hacerse desde el mismo momento en que la persona ostenta dicha calidad, es decir, desde la fecha en que se le reconoce la pensión.

Frente a este tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 47528 de 2012 señaló:

“debe decirse que, siendo claro el contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, no queda más al pensionado que asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, resultando natural que lo haga desde el momento mismo en que ostenta tal calidad.

“Es lógico pensar que debe el demandante aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo, de tal forma que, a pesar de que no hubo prestación del servicio de salud por cuanto en estricto sentido no estaba aún afiliado, mal puede ignorar el sentenciador la carga que a aquél le impone la ley de pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a su condición de pensionado.



“Ciertamente, de no efectuarse los descuentos del retroactivo pensional para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no sólo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad, sino también los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994.

“Adicionalmente, se advierte que, al no efectuarse el descuento de los aportes para salud, podrían verse comprometidos los derechos del demandante de acceder a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas, conforme lo dispone el artículo 164 de la Ley 100 de 1993.”

En igual sentido, la CSJ en sentencia SL 2447-2021 reiteró lo expuesto de antaño señalando:

“la Sala ha sostenido reiteradamente que, por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización correspondiente al sistema de seguridad social en salud y transferirla a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado, de conformidad con lo estatuido en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994. (Ver CSJ SL4649-2018 y SL2234-2019, entre otras).

En efecto, dijo la Corte que, dado que la cotización destinada a financiar el sistema de seguridad social en salud está a cargo de los pensionados, en su totalidad, desde el momento en el que adquieren esa calidad, y que efectuar las correspondientes deducciones sobre la mesada, para tales efectos, representa una de las obligaciones típicas de cada fondo de pensiones, que opera por mandato legal insoslayable, resulta forzoso concluir que no es necesaria alguna declaración judicial tendiente a reconocer ese deber o a imponerlo, como se venía concibiendo en anteriores oportunidades.

En ese sentido, para esta Corporación el hecho de que el respectivo juzgador de instancia no confiera una autorización expresa al fondo de pensiones para realizar los descuentos con destino al sistema de salud no se puede traducir, en manera alguna, como una



negación de esa potestad.

Por lo expuesto, como no era indispensable instituir expresamente alguna autorización a la entidad accionada para descontar las sumas correspondientes al sistema de seguridad social en salud, junto con la condena al pago de pensión, el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos denunciados en el ataque por no referirse al tema, pues, se reitera, es mandato legal llevar a cabo los descuentos al sistema general de salud sobre las mesadas pensionales.”

Por lo anterior, es claro para la Sala que al ser una obligación legal el descuento efectuado por la Administradora al momento de reconocer la pensión a la ejecutante, se encuentra conforme a derecho, pues como acertadamente lo hizo la UGPP se debía del monto al que estaba obligado por sentencia judicial realizar los descuentos en salud, por lo que coincide la Colegiatura con lo expuesto por el juzgador de primer grado.

De otro lado, revisado el mandamiento de pago es claro que se libró mandamiento de pago en contra de la UGPP por la suma de \$5'000.000 por concepto de costas, tal y como quedó dentro del título que sirve de base de la presente ejecución, lo cual no mereció ningún reparo de dicha entidad, por lo que no puede pretender ahora que el obligado en el reconocimiento y pago de dicha obligación sea una entidad diferente. Ahora, teniendo en cuenta que la UGPP no probó haber pagado dicha suma, es claro que acertó el fallador de primera instancia al ordenar seguir la ejecución por ese concepto, por lo que se confirmará el auto apelado.

Dadas las resultas del proceso sin costas en ambas instancias.

En mérito de lo expuesto esta Sala de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto recurrido, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 12-2021-209-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de octubre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuara a través del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 1 de marzo de 2001, ante la omisión de este fondo del deber de informar con prudencia y pericia y de manera clara respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones. Como consecuencia de tal declaración peticiona se



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

condene a Porvenir S.A., a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, que se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS. Por último, solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso y lo que resulte ultra y extra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 21 de noviembre de 1955, que para el 21 de noviembre de 2012, cumpliría con el requisito de la edad de 57 años, para pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, desde el año 1972, que estando afiliada al ISS perteneciente al RPM el día 5 de febrero de 2001, solicitó traslado a Porvenir S.A., perteneciente al RAIS, que al momento del traslado al fondo privado Porvenir S.A., no fue asesorada o informada por ese fondo de manera transparente, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones.

Refiere que Porvenir al momento del traslado de régimen pensional no la asesoró respecto al régimen que más le convenía, que Porvenir S.A., desconoció que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 39 años de edad y con 846.57 semanas en el RPM, encontrándose en el régimen de transición, que la AFP Porvenir no le informó ni tuvo en cuenta que se encontraba en el régimen de transición ni le indicó las implicaciones de trasladarse de régimen, que no se le señaló cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto ni le informó que no todo el aporte mensual que hiciera, iría a su cuenta de ahorro individual y que parte de este se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Señala que Porvenir S.A., al momento del traslado de régimen pensional no le informó sobre la posibilidad que tenía de negociar el bono pensional entregado por el RPM como consecuencia del traslado, para anticipar su pensión; y cómo podría influir en la misma ni sobre el derecho de retracto, ni en qué consistía, que no se le indicó que el monto de su pensión en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios, que no le hizo proyecciones futuras de su pensión con las hipótesis que podrían surgir en cada uno de los regímenes pensionales.

Indica que Porvenir S.A., no le informó sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el RAIS, que dicha AFP tenía a su cargo una responsabilidad con ésta de carácter profesional, que le imponía el deber de asesorarla eficazmente, de manera rigurosa, transparente, adecuada y completa, con diligencia, prudencia, con respecto a la decisión de traslado de régimen, que solicitó a Colpensiones el traslado del RAIS al RPM, que Colpensiones el 5 de diciembre de 2017, rechazó la solicitud, indicando que se enviaría a Asofondos la solicitud de traslado, sin que a la fecha se haya absuelto dicha petición, que actualmente se encuentra vinculada y cotizando para pensiones en Porvenir S.A., sin que a la fecha de presentación de esta demanda se haya pensionado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó los No. 4 a 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Por su parte, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2 parcialmente, 3 y 18 a 20 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ, identificada con C.C. No. 41.661.415 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el 5 de febrero de 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto e esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011, Rad. 33083 del 3 de septiembre de 2014, Rad. 46292 del 18 de octubre de 2017, SL 17595 y la SL 1452, entre otras, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la obligación completa para que el afiliado tome una decisión respecto del cambio de régimen e incluso la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el tema de firmar el formulario de afiliación no implica per se que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, en tanto tal expresión sólo se refiere al consentimiento



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

que debe dar la persona para el mismo, lo cual no prueba que la información se haya brindado. Luego, son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que suministraron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, además que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia del traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

En el caso objeto de estudio se tenía que la señora Lorna Marila Vargas Rodríguez, el 5 de febrero de 2001, página 89 archivo 5, solicitó el traslado del ISS hoy Colpensiones al RAIS a través de Porvenir donde se encuentra en la actualidad, efectuando cotizaciones en el RAIS desde abril de 2001, a la fecha, conforme se evidencia de la historia laboral allegada por Porvenir, de la historia laboral de Colpensiones que obra en el archivo 7, se evidenciaba que cotizó al Instituto de forma interrumpida del 4 de noviembre de 1974, al 27 de julio de 1992, también del reporte de Porvenir se observan períodos laborados en la Dian y no cotizados del 29 de julio de 1992, al 30 de marzo de 2001.

De otro lado, se practicó el interrogatorio de parte a la demandante, quien manifestó que Porvenir fue a donde ella trabajaba y le dijeron que podía pensionarse antes de tiempo y ganaría intereses y por eso firmó el formulario pero no le explicaron nada más, expuso que había varios asesores pero no recuerda cuantos como tampoco porque puso a sus beneficiarios en el formulario, sostuvo que decidió trasladarse a Porvenir porque le dijeron que le iban devolver el dinero y que se pensionaría con anticipación y finalmente refirió que ha recibido extractos pero no los lee como tampoco leyó el formulario de afiliación, adujo que no sabe los requisitos para pensionarse en el fondo privado ni en Colpensiones.

Que si bien del formulario de afiliación se denota que al momento de afiliarse al RAIS, la demandante lo hizo de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la asesoría suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues Porvenir estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta y entre otras situaciones. Aunado a ello, tampoco se evidenció que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad de rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cuál se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales, entre otros, pues si bien para la fecha del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al RPM cuando le faltaren no menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la accionante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implicaba que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen pues para ello estaba el asesor para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento e incluso de escolaridad que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional, siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información en sus propios medios.

Que la carga de la prueba le asistía a Porvenir pues era ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la actora al momento del traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de firmar el formulario de por cierto que tales circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento de ahí que el traslado se tornara ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implicaba la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que Porvenir que es la administradora en la que se encuentra en la actualidad, se obligue a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

accionante al RPM, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31989 reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011, Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014, Rad. 46292, entre otros. Consecuencias estas que nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de Colpensiones, con la ineficacia del traslado implica, entre otras cosas, la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas o frías en el capital destinado a la financiación de pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que disponga la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales el ente de seguridad social en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligada a recibirlos y a su vez a actualizar la historia laboral en la medida que este dinero producto de estos aportes corresponde a las semanas cotizadas en el RPM y por ende deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo deporte.

En lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en los proveídos en cita, la AFP en la que se encuentra actualmente debía asumir de su propio patrimonio los deterioros sufridos por el bien administrado, en la medida que la accionante nada tuvo que ver con la fecha de información que se le endilgó en este caso a Porvenir; en consecuencia, dicha AFP debía devolver lo relacionado con los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados durante su permanencia en esta pues es claro que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelven a su estado original, por ende la administradora del RAIS debe devolver tales rubros en atención a que durante el tiempo de la afiliación le fueron descontados; dineros que hacen parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan a su favor y que estarán a cargo en su momento del ente de seguridad social.

Si bien la accionante previo al traslado de régimen se encontraba afiliada a Cajanal, sin que se denote que efectuara cotización alguna al Instituto hoy Colpensiones pues laboraba en la Dian, lo cierto es que esta última en virtud



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009, que ordenó la supresión o liquidación de Cajanal estaba obligada a recibir al actora, sumado al hecho que pese a que la UGPP, entidad que no hace parte del proceso, asumió parte de las obligaciones que estaban a cargo de dicha Caja, era claro que no hubiera podido recibir al accionante en la medida que acorde a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2208 de 2021, la Unidad recibe sólo a los afiliados que hayan causado los requisitos para acceder a la pensión antes de la extinción de la Caja, lo cual en el presente caso no se dio.

En cuanto a las excepciones de mérito propuestas por las demandadas se declararon no probadas y en especial la de prescripción, toda vez que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persiguen en esencia un derecho pensional, el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de este a elevar tal solicitud no prescriba como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos financiaran las prestaciones a que haya lugar en el RPM.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió solicitando revocar la condena respecto de la indexación de las sumas a devolver por parte de Porvenir a Colpensiones, teniendo en cuenta que al estarse ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, estos superan con creces cualquier devaluación económica que se pueda haber presentado sobre los aportes de la demandante, en ese sentido ordenar la indexación sería una condena excluyente con la ya devolución de los rendimientos financieros. Para este punto, se trae a colación dos sentencias; una de la Sala Laboral del Tribunal de Cundinamarca identificada bajo el Rad. 25899310500220210011101 del proceso seguido por la señora Felicia León Poveda, sentencia del 21 de junio



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

y, otra del Tribunal Superior de Cali, Rad. 76001310501220220023401 del 25 de julio de 2022, en el que los Tribunales revocan la condena por indexación impuesta a los fondos de pensiones, al considerar que con el traslado de los rendimientos ya se está compensando cualquier depreciación del poder adquisitivo de la moneda que se pudo haber generado en los emolumentos a retornar.

La demandada **Colpensiones** solicita que revocar la condena en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por la demandante en este proceso, en virtud a que la misma se encuentra dentro de la prohibición que trata la Ley 797 de 2003, situación que se encuentra verificada con la firma del formulario que se realizó de manera libre y voluntaria, que no se encuentra tampoco probado ningún vicio del consentimiento por parte de la demandante y que el negocio jurídico se realizó entre dos personas mayores de edad, capaces de obligarse y de contraer obligaciones, es así que debe existir una correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad se un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de permanecer a un régimen pensional determinado.

Finalmente, con la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen efectuado por la demandante, este afiliado se encuentra dentro de la prohibición de traslado de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, conforme a lo indicado en la Sentencia SU-062 de 2010, esto atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del Sistema General de Pensiones, en el entendido de que el objetivo pretendido con el señalamiento del periodo de carencia de la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, situación que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido a un fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en un futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de los demás cotizantes.

Que se está frente a una prohibición que no ha sido acogida por Colpensiones sino que es un diseño del legislador para garantizar la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema. Por otra parte, solicita revocar la condena en costas en contra de Colpensiones, en razón a que la misma actuó bajo la buena fe y en estricta aplicación del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que implica que no puede recibir afiliados cuando estos se encuentren inmersos dentro de esta prohibición.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuara con el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 5 de febrero de 2001, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

Sobre el particular, si bien se peticionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en su recurso, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Lorna Marila Vargas Rodríguez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 2001; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la demandante, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló, alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

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

En cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se afecta el principio constitucional mencionado, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

En cuanto a los gastos de administración y primas de seguro previsional, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la AFP Porvenir S.A., en recurso y alegaciones, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y, por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; igual suerte corre la condena por concepto de indexación, pues del criterio jurisprudencial transcrito, se determina que los conceptos objeto de condena, deben ser trasladados junto con corrección monetaria.

De otra parte y si bien la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2001**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

Ahora, en cuanto a la absolución de condena en costas que peticiona Colpensiones, no se modificará esta por cuanto en los términos del artículo 365 del CGP, esa entidad resultó vencida en juicio, ya que en su contra se imponen obligaciones.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12202100209-01 Dte.: LORNA MARILIA VARGAS RODRÍGUEZ Ddo.:
COMPENSACIONES Y OTRO*

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'LORENZO - R' with a large flourish.

**LORENZO TORRES RUSSY.
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 08-2019-00488-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOHN FREDI GONZÁLEZ PARRA
DEMANDADO: MARÍA CONSUELO LÓPEZ DE GÓMEZ

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

ALEGACIONES

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de agosto del 2022.

ANTECEDENTES

El demandante solicita que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la señora María Consuelo López de Gómez propietaria del establecimiento de comercio PELUQUERIA VANITY UNISEX entre el 02 de mayo y el 18 de julio del 2017. Como consecuencia, se CONDENE a la



demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización moratoria, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en que se vinculó al establecimiento de comercio PELUQUERIA VANITY UNISEX de propiedad de la señora MARÍA CONSUELO LÓPEZ DE GÓMEZ el 02 de mayo del 2017; que laboró hasta el 18 de julio del 2017; que desempeñaba el cargo de estilista profesional cuyas funciones era corte, mantener área de trabajo limpia, tintura, alisado, peinados y maquillaje; que los elementos con los que realizaba su trabajo eran suministrados por la demandada; que prestaba sus servicios de manera personal; que debía cumplir un horario de 10 horas; que trabajaba todos los días con un día compensatorio a la semana; que recibía llamados de atención ante el incumplimiento del horario asignado; que se le asignaban los clientes que debía atender; que la demandada era quien le asignaba los clientes y le informaba que procedimientos se iban a realizar; que no podía ausentarse sin pedir permiso; que estaba prohibido salir del establecimiento mientras se encontraba en turno; que su remuneración promedio era de \$2'000.0000; que se le adeudan las acreencias labores que aquí reclama.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Pese a que fue notificada personalmente, no contestó la demanda dentro de la oportunidad procesal pertinente, por lo que la falladora de primera instancia la tuvo por no contestada mediante auto del 25 de noviembre del 2020.



La parte demandante reforma la demanda incluyendo pruebas y hechos a la demanda inicial, la cual fue admitida mediante auto del 02 de septiembre del 2020.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante JHON FREDI GONZÁLEZ PARRA y la demandada MARÍA CONSUELO LÓPEZ DE GÓMEZ propietaria del establecimiento de comercio VANITY UNISEX PELUQUERÍA existió un contrato de trabajo el cual tuvo como extremo inicial el día 02 de mayo de 2017 y como extremo final el día 18 de julio del mismo año, devengando como salario la suma de un \$2.000.000 mensuales.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada MARÍA CONSUELO LÓPEZ DE GÓMEZ a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero y conceptos:

- a. \$422.222 por concepto de Cesantías.
- b. \$50.667 por Intereses a las cesantías.
- c. \$422.222 por prima de servicios.
- d. \$211.111 por Vacaciones, suma debidamente indexada
- e. La suma de \$66.666, a partir del 19 de julio de 2017 y hasta por veinticuatro (24) meses o hasta antes si se verifique el pago por parte del empleador de las condenas causadas por prestaciones sociales, y, a partir del primer día del mes veinticinco (25) deberá pagar al actor intereses moratorios a la tasa máxima autorizada para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta que se verifique el pago de las prestaciones objeto de condena.

TERCERA: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada MARÍA CONSUELO LÓPEZ DE GÓMEZ liquidense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de \$ 1.000.000”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio frente a la demandada como propietaria del establecimiento de comercio PELUQUERÍA VANITY UNISEX por cuanto así se desprende de la certificación laboral aportada la cual no fue tachada de falsa. Que al probarse la prestación personal del servicio nace la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la cual no fue desvirtuada. Que la parte demandada no aportó



ninguna prueba para desvirtuar la subordinación. Que la demandada indica que dejó la peluquería a cargo de su hija y que no hizo ningún traspaso. Que no se demostró la autonomía del demandante, por lo que se debe declarar probada la existencia de un contrato de trabajo. Que lo que se evidencia es que la hija era quien figuraba como administradora. Que el hecho de que la señora Heidi no haya dicho que actuaba en representación de la demandada no le quita validez a las actuaciones realizadas por el empleador. Que el salario se toma de la certificación. Que no se demostró el pago de las acreencias laborales reclamadas.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** recurrió señalando que no está de acuerdo con el numeral tercero en el cual se fijan las agencias en derecho. Indica que conforme el Acuerdo N° 1887 del 2003 modificado por el Acuerdo 2222 del 2003 en el cual se fija que el valor de las costas puede ser fijado hasta el 25% del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia de primera instancia. Que se entiende que estos procesos laborales tienen un desgaste normal en el cual el abogado ha incurrido en ciertos gastos y ha sostenido el proceso de una u otra forma por lo que solicita se tenga en cuenta el 25% para fijar las agencias y costas.

La parte **demandada** interpone recurso de apelación argumentando que del interrogatorio de parte del demandante se puede concluir que la propietaria aparente del establecimiento de comercio era la señora Heidi Gómez y es que precisamente esta persona como lo refirió la demandada que es su progenitora fue la persona que se encargó del establecimiento de comercio; que la actora simplemente era la propietaria pero quien se encargó de manejar el establecimiento de comercio fue la señora Heidi Gómez y así lo aceptó el demandante. Que nunca se habla de un horario de trabajo en el que tuviera que adaptarse ni mucho menos, lo cual elimina el elemento que es tan esencial para el contrato de trabajo como es el horario de trabajo y la subordinación, la cual tampoco se ve reflejada. Que tampoco recibía una remuneración, sino



que recibía una parte del valor que pagaban los usuarios. Que la Juez manifiesta que el salario ascendía a \$2'000.000 mensuales, los cuales de ninguna manera justificó el demandante; no se evidencia de donde se obtienen ese valor, que el tiempo laborado no superó los 2 meses y 12 días; que no entiende como llegó la conclusión la Juez de que el salario era de \$2'000.000; que el dinero percibido por el demandante se trataba de una utilidad y no de una remuneración; que si bien existe la certificación laboral expedida por la demandada también lo es que el demandante informa en su interrogatorio de parte que no fue ella quien lo contrato sino la señora Heidy. Que debió declararse la falta de legitimación en la causa por pasiva. Que en lo que respecta a la liquidación de las diferentes prestaciones sociales igualmente se opone a que se determinen teniendo en cuenta que no existe prueba real en todo el plenario que pueda conllevar a determinar que el salario era de \$2'000.0000, pues además de la simple afirmación del demandante, no se puede realmente tasar los valores adeudados, por lo que debieron liquidarse las acreencias laborales adeudadas con el salario mínimo. Que se declare que no existió la prestación del servicio frente a la demandada y, por esto, se declare que no se debe hacer ninguna condena y menos la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá los puntos de inconformidad planteados en el recurso de apelación formulado por la parte demandante.

Existencia de la Relación Laboral

Para resolver el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se debe comenzar recordando que el artículo 22 del CST establece que contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración.



Señalando que quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera patrono, y la remuneración cualquiera que sea su forma salario.

Por su parte, el artículo 23 del CST, indica que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: (i) **la actividad personal del trabajador**, es decir, que sea realizada por sí mismo; (ii) **la continuada subordinación** o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y (iii) **un salario** como retribución del servicio.

Señala además que una vez reunidos los tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Adicionalmente, el artículo 24 del C. S. del T. modificado por el artículo 2° de la ley 50 de 1990 establece que *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*

Sentada la anterior normatividad, encuentra la Sala que la CSJ de manera reiterada ha indicado entre múltiples sentencias en la SL 1826-2021 que acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación laboral, por lo tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.

Y en la sentencia SL 208-2023 la Corte señaló que dicha Corporación ha ilustrado que los jueces laborales deben tener como hecho cierto el contenido de lo que se exprese en una constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el nexo laboral, entre ellos, el tiempo de servicio, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos importantes que comprometen su patrimonio. Indicando que la carga de probar en contra de lo que certifique el mismo



empleador corre a cargo de quien certifica el hecho, y debe ser de tal contundencia que no deje asomo de duda.

Descendiendo al caso que nos ocupa, contrario a lo señalado por el apoderado de la parte demandada en su recurso, se encuentra probada la prestación de servicios del señor JOHN FREDI GONZÁLEZ PARRA para la demandada MARÍA CONSUELO LÓPEZ DE GÓMEZ como propietaria del establecimiento de comercio VANITY UNISEX PELUQUERIA, lo cual acepta la demandada al absolver el interrogatorio de parte, donde confiesa que el actor prestó sus servicios para el establecimiento de comercio de su propiedad y, con la certificación que expidió la demandada el 22 de julio del 2017 en donde indica *“Que el señor JHON F. GONZÁLEZ identificado con Cédula de Ciudadanía N° 93.395.416 de Ibagué, laboró en el establecimiento de mi propiedad PELUQUERIA VANITY UNISEX, desempeñando el cargo de ESTILISTA PROFESIONAL con un contrato de prestación de servicios desde el 02 de Mayo de 2017 hasta el 18 de Julio de 2017, devengando un sueldo promedio mensual de dos millones de pesos moneda legal (\$2'000.000)”*.

Conforme lo anterior, es claro que se encuentra probada la prestación del servicio, tal y como lo dedujo la falladora de primera instancia, con lo cual nace la presunción de existencia de un contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del CST, correspondiendo a la demandada desvirtuar dicha presunción, lo cual no hizo, pues no aportó ninguna prueba que permita establecer que la labor desempeñada por el señor González Parra estuvo desprovista del elemento subordinante, es decir, que desarrolló su labor de manera autónoma e independiente.

No siendo posible establecer una falta de legitimación en la causa por pasiva, como lo pretende el apoderado de la parte demandada, pues si bien el demandante refirió al absolver el interrogatorio de parte que había sido contratado por “Heidy” y que era ella quien le impartía las órdenes, pues lo cierto es, que la demandada al absolver el interrogatorio de parte confiesa que efectivamente el establecimiento de comercio VANITY UNISEX PELUQUERIA es de su propiedad y que Heidy es su hija y, fue a quien quedó a cargo de la administración del local; que Heidy determinaba el horario y



que días debía descansar el demandante. Por tanto, Heidy como administradora era representante de la demandada y la obligaba frente a los trabajadores, en este caso, frente al demandante en los términos del artículo 32 del CST. Máxime porque la demandada ni siquiera contestó la demanda.

Por tanto, no se desvirtuó ni la subordinación, ni el contenido de las certificaciones, por lo que acertó la falladora de primera instancia al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el 02 de mayo del 2017 hasta el 18 de julio del 2017.

Ahora, en cuanto a que no existe prueba de que el salario sea de \$2'000.000 conforme lo entendió la falladora de primera instancia, debe indicársele al apoderado de la parte demandada; que éste valor fue tomado de la certificación expedida por la señora María Consuelo López de Gómez, por lo que no hay lugar a realizar ninguna modificación.

Finalmente, en cuanto a que no se debe condenar al pago de prestaciones sociales ni indemnización moratoria, teniendo en cuenta que el actor no le prestaba los servicios a la demandada; debe indicarse primero que frente a las prestaciones sociales se debe impartir condena, tal y como lo hizo la falladora de primera instancia, pues no se demostró que éstas se hubieren pagado.

En segundo lugar, frente a la indemnización moratoria se evidencia que efectivamente la demandada se encontraba bajo el convencimiento errado e invencible de que al dejar que fuese su hija quien manejara el establecimiento de comercio, realizara las contrataciones, impartiera instrucciones, estableciera horarios y, que tomara todas las decisiones, era su hija la empleadora del actor y de los estilistas a su cargo; convencimiento errado no sólo de la demandada, pues el demandante al absolver su interrogatorio de parte también señala que las órdenes y que quien lo contrató fue la hija de la demandada, señalando que sólo vio a la demandada en 2 ocasiones. Por tanto, es claro contrario a lo dicho por la parte demandada en sus alegatos, el actuar de buena fe de la demandada y por



ende, no queda otro camino que revocar la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria para en su lugar absolverla de dicho concepto. Ahora, teniendo en cuenta que se había solicitado en la demanda la indexación de las sumas adeudadas se ordena que las condenas impuestas se paguen de manera indexada a la fecha en que se efectúe su pago.

Finalmente, en cuanto al argumento del apoderado de la parte demandante en el que indica que no está de acuerdo con el monto fijado como agencias en derecho, pues considera que debe ser superior, se le recuerda que este no es el momento procesal oportuno para atacar dicho punto, como quiera que de conformidad con el numeral 5° del artículo 366 del Código General del Proceso, el monto de las agencias en derecho sólo puede controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el literal e) del numeral segundo numeral de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada del pago de la indemnización moratoria.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida para **CONDENAR** a la demandada a pagar las condenas impuestas de manera indexada al momento en que se efectúe su pago.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.



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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 30-2021-00435-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: MIUEL ANTONIO BORREGO MALAVER
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado de consulta a su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de octubre del 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor MIGUEL ANTONIO BORREGO MALAVER por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado del actor efectuado el 03 de junio del 2021 de Colpensiones a la AFP PROVENIR por haber existido un vicio del consentimiento; que se declare sin solución de continuidad la afiliación del demandante a Colpensiones. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP PORVENIR a trasladar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual del actor, que se reconozca pensión en el RPMPD junto con las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició su historia laboral desde el 20 de mayo de 1975; que ha venido cotizando a pensión a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR; que posteriormente, solicitó traslado al ISS a partir del 01 de agosto del 2012 el cual fue aprobado; que su empleador realizó cotizaciones a Colpensiones conforme se evidencia en su historia laboral; que el 24 de mayo del 2019 solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez; que Colpensiones mediante la Resolución SUB 237926 del 30 de agosto del 2019 se le informa que su traslado quedó anulado por cuanto al momento del traslado estaba dentro de la prohibición legal; que Porvenir le informó que Colpensiones le realizó la devolución de los aportes, indicándole que los mismos se encuentran en la cuenta de ahorro individual.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó parcialmente el 2; negó el 3 y 11; aceptó los demás. Propuso



las excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica.

Por su parte, la **SOCEIDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 2 y 6; dijo que el 7 y 13 eran parcialmente cierto y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la *INEFICACIA* de la afiliación o traslado efectuada por el demandante *MIGUEL ANTONIO BORREGO MALAVER*, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 3.194.678 cuando suscribió el formulario de afiliación o traslado del RPMPD al RAIS el día 31 de octubre de 1994 a *HORIZONTE* y luego su paso a la AFP *PORVENIR S.A.* bajo la figura de la cesión por fusión el día 1 de enero de 2004 y en consecuencia se declara que estuvo válidamente afiliado y sin solución de continuidad en el RPMPD que administra actualmente *COLPENSIONES*.

SEGUNDO: SE ORDENA a la AFP *PORVENIR S.A.*, entidad que actúa a través de su representante legal o por quien haga sus veces que en un término no mayor a 30 días, luego de la ejecutoria de ésta decisión, *PROCEDA A TRASLADAR* la totalidad de los aportes que



posee el demandante en su cuenta de ahorro individual, así como todos los dineros recibidos con ocasión de su permanencia en dicho régimen (cotizaciones obligatorias y voluntarias, bono pensional, rendimientos financieros, pagos de los aportes a los seguros previsionales, gastos y comisiones de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima) a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; por las razones que quedaron anotadas en las consideraciones orales que el Despacho elaboró.

TERCERO: SE ORDENA igualmente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por el señor JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a recibir la totalidad de los aportes que posee el actor y que provienen de la AFP PORVENIR S.A. junto con los rendimientos financieros; así mismo ha de reactivar la afiliación de este al RPMPD, convalidar dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral del demandante, con las cuales se le pueda garantizar el derecho pensional.

CUARTO: En cuanto a las EXCEPCIONES propuestas por las codemandadas las mismas implícitamente fueron resueltas, no prosperando ninguna de las formuladas.

QUINTO: SE CONDENA en COSTAS a la AFP PORVENIR S.A y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a TRES SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a cargo de esta y a favor del demandante.

SEXTO: SE ABSUELVE a COLPENSIONES de pagar las costas procesales como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Como el sentido de la decisión adoptada en esta instancia fue adverso a los intereses de la entidad pública, COLPENSIONES, si la misma no es apelada, se ordena enviar el proceso al HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL en el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA,



para lo cual se dispone que sea remitido el expediente DIGITALIZADO con los medios de grabación respectivos, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 69 del C.P.L. y S.S. y la Ley 2213 de 2022”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se debe abordar bajo la figura de la ineficacia tal y como lo ha abordado la CSJ; que se debía brindar la información necesaria al momento del traslado; que la carga de la prueba es de la AFP; que al no probarse que se brindó la información necesaria no se puede reputar que la decisión de trasladarse fue libre y voluntaria.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Miguel Antonio Borrego Malaver, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR en el año 1994 entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

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



comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la falladora de primera instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Miguel Antonio Borrego Malaver, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR, al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en



forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

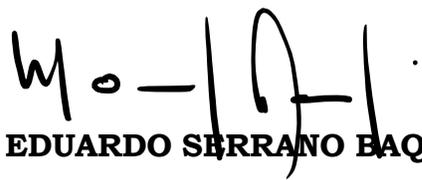
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO EJECUTIVO No. 10-2018-00258-01
ASUNTO: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO
DEMANDANTE: JOEL DUQUE GÓMEZ
DEMANDADO: ADRIANA LEÓN RAMÍREZ

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión y los alegatos presentados por la parte ejecutada, se procede a dictar la siguiente providencia:

ANTECEDENTES

El señor JOEL DUQUE GÓMEZ instauró demanda ejecutiva en contra de ADRIANA LEÓN RAMÍREZ a continuación del proceso ordinario.

Mediante auto del 06 DE JULIO DEL 2018 el fallador de primera instancia libró mandamiento de pago en contra de ADRIANA LEÓN RAMÍREZ por los siguientes conceptos:

*“HONORARIOS PROFESIONALES \$222.569.440.35, DEBIDAMENTE INDEXADOS
COSTAS PROCESO ORDINARIO \$2.070.000.”*

En providencia del 01 de agosto del 2018 la falladora de primera instancia ordenó seguir adelante con la ejecución y presentar la liquidación.

En auto del 19 de octubre del 2022 se corrió traslado de la liquidación de crédito presentada, conforme lo establecido en el artículo 446 del CGP y



posteriormente, en proveído del 24 de noviembre del 2022 se aprobó la liquidación del crédito en la suma de \$272.422.512.

En memorial del 06 de marzo del 2023 presenta incidente de nulidad invocando como causal el numeral 2° del artículo 133 del CGP cuando el Juez proceda contra providencia ejecutoriada del superior. Señala que *“el precedente jurisprudencial constitucional de la H. Corte Constitucional sobre el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, contenido en las sentencias de cosa juzgada constitucional, de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes # C-188 de 1.999, C- 428 de 2.002 y # C-965 de 2.003, con violación del artículo 243 de la Constitución Política, del art. 21 del Decreto Legislativo 2067 de 1.991 y del art. 48 de la ley 270 de 1.996- Estatutaria de la Administración de Justicia- ; por omitir tener en cuenta el precedente jurisprudencial constitucional contenido en la sentencia # C-104 del 11 de marzo de 1.993 por medio de la cual la H. Corte Constitucional determinó en forma expresa: “La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los precepto de la Carta y hacer parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución” Propongo el anterior incidente de nulidad al tenor del art. 134 inciso tercero del C. G. del P. porque el proceso no ha terminado por el pago total al acreedor, el suscrito apoderado judicial de la actora señora ADRIANA LEÓN RAMÍREZ, quien no ha honrado la obligación de cancelar los honorarios profesionales derivados de la sentencia de casación del 3 de febrero de 2.009 de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en la cual dejó incólume la proferida en primera instancia en favor de la señora Adriana León Ramírez, ni la derivada de la sentencia ordinaria laboral # 010- 2016-00103-00 del 22 de junio de 2.017 proferida por el Despacho a su digno cargo por medio de la cual declaró la existencia del contrato verbal de servicios profesionales suscrito con la actora, confirmada por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá con sentencia del 6 de febrero de 2.018, ni el auto del 12 de julio de 2.018 que libró mandamiento de pago en contra de la señora Adriana León Ramírez dentro del proceso ejecutivo laboral # 010-2018- 00258-00, ni del auto del 24 de noviembre de 2.022, como tampoco el auto del 25 de enero de 2.023. Igualmente, con todo respeto, manifiesto a la señora Jueza que acuso los autos del 12 de julio de 2.018, del 24 de noviembre de 2.022 y del 25 de enero de 2.023 de constituir autos ilegales, que no atan al Juez, ni a las partes, ni cobran ejecutoria. De acuerdo con el precedente jurisprudencial de las altas Cortes, en especial el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral contenido en las providencias # 43.972 del 26 de julio de 2.016, # 86.173 del 30 de septiembre de 2.020, # 61.890 del 20 de mayo de 2.015, # 66.275 del 18 de mayo de 2.016, # 69.442 del 18 de noviembre de 2.015, del auto del 21 de abril de 2.009, # 40.702 del 31 de julio de 2.015, # 60.121 del 4 de marzo de 2.015, # 33.132 del 24 de julio de 2.013, # 39.332 del 5 de marzo de 2.015, # 42.674 del 9 de marzo de 2.016, # 62.701 del 28 de octubre de 2.015, y # 37.886 del 24 de septiembre de 2.014, entre otras, los autos del 12 de julio de 2.018, del 24 de noviembre de 2.022 y del 25 de enero de 2.023, proferidos por el Despacho a su digno cargo, constituyen autos ilegales que desobedecen el*



anterior precedente jurisprudencial del Superior. En el auto del 25 de enero de 2.023, la señora Jueza expresó: “ ... no es procedente ninguna de las anteriores solicitudes ni principal ni subsidiaria, por cuanto el ítem de intereses moratorios no es objeto de discusión en este proceso, toda vez que si bien le JOEL DUQUE GÓMEZ Abogado 3 asiste razón al apoderado de la parte ejecutante que los solicitó al momento de iniciar el proceso ejecutivo, no es menos cierto que este estrado judicial negó esta pretensión mediante el auto que negó el mandamiento ejecutivo de pago de fecha 6 (sic) de julio de 2.018, por cuanto la ejecutada no fue condenada a pagar intereses moratorios, y esta referida providencia que se encuentra legalmente ejecutoriada y en firme, por lo tanto este concepto no puede incluirse como lo solicita el apoderado judicial de la parte ejecutante, adicionalmente esta no es la oportunidad procesal para pretender incorporar conceptos en el mandamiento ejecutivo como lo pretende la parte ejecutante. Por lo tanto, se niega la solicitud de adición o corrección del auto que aprobó la liquidación del crédito, por cuanto no es procedente y no cumple ninguno de los requisitos establecidos en las normas referidas, de conformidad a lo indicado por este estrado judicial”. Tal como lo expresé párrafos atrás, el art 134 del C. G. del P. en su inciso tercero determina que las causales de nulidad “podrán alegarse en el proceso ejecutivo, incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal”. Y sucede, respetada señora Jueza, que está probado al expediente que la señora Adriana León Ramírez, no me ha realizado el pago total de mis honorarios profesionales, razón por la cual procede el incidente de nulidad que estoy presentando con este escrito dentro de la oportunidad que consagra el imperio de la ley. Legitimación para proponer esta nulidad. Estoy actuando en causa propia y reclamando mis derechos cuando fui apoderado judicial de la demandada, señora Adriana León Ramírez, quien si se benefició de mis servicios, quien no me ha pagado la totalidad de mis honorarios profesionales.”

AUTO APELADO

El A quo en auto del 03 de agosto del 2023 negó la nulidad planteada señalando: “De las normas anteriormente referidas, encuentra el despacho que se si bien la causal es de las establecidas en la norma, tenemos que las nulidades propuestas están saneadas y por lo tanto se declara no probado el incidente de nulidad, bajo los siguientes argumentos: 1. Tenemos que el primer auto atacados es del 12 de julio de 2.018 que emitió mandamiento ejecutivo de pago y negó los intereses moratorios y fue notificado en estados, lo anterior, con fundamento en el art 306 del C.G.P. que establece que se emite mandamiento ejecutivo de pago por las obligaciones que se lo que se establezcan en la parte resolutive de la sentencia, y en la sentencia del proceso ordinario no se condenó a la parte ejecutada a intereses moratorio, y contra dicha providencia no se propuso recurso alguno por el contrario presento liquidación del crédito y nunca se interpuso un incidente de nulidad, por lo tanto, se saneo cualquier nulidad que pudiera existir, y que se pretende hacer valer en esta oportunidad



procesal, máxime que tuvo la oportunidad procesal para controvertir, ejercer el derecho de defensa y contradicción si ejercer dicho mecanismo procesal. 2. De igual forma del auto que los autos del 24 de noviembre de 2.022 y 25 de enero de 2.023, providencias que aprobaron la liquidación del crédito y el segundo que negó la solicitud de adición respecto a los intereses moratorios pretendidos, por cuanto no se emitió mandamiento de pago ante la falta de condena a la ejecutada, y de igual forma el apoderado de la parte ejecutante, no interpuso recurso alguno contra la providencia, ni tampoco solicitud alguna de nulidad contra dicha providencia y por lo tanto cualquier nulidad en caso de haberse presentado se encuentra saneada. El despacho encuentra que la parte ejecutante pretende con la interposición del incidente de nulidad modificar todas las actuaciones realizadas en el proceso, que se encuentran legalmente ejecutoriadas y en firme, por lo tanto, este estrado judicial resuelve **DECLARAR NO PROBADO EL INCIDENTE DE NULIDAD PLANTEADA** por la parte ejecutante, porque actuó sin proponerla y pretendiendo así revivir términos ya fenecidos.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el ejecutante interpuso recurso de apelación señalando lo siguiente: “me dirijo para expresar mi inconformidad con la decisión proferida por el despacho el 3 de agosto del corriente año y notificada el 4 del mismo mes y año, negando la nulidad solicitada, contra la providencia que niega el reconocimiento de los intereses moratorios de la condena hecha en este proceso a partir de la ejecutoria de la sentencia, contrariando lo establecido en la jurisprudencia, que constituye cosa juzgada constitucional, de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes, aduciendo que por no haber objetado las liquidaciones anteriores, adquirieron firmeza, lo que constituye un error judicial que ha sido considerado por la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia como autos ilegales que no atan al juez ni a las partes. Adicionalmente, la señora jueza estaría dejando de aplicar pasando por alto la normatividad prevista en el artículo 11 del C.G. del P. a cuyo tenor establece: que, al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta “que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, derecho que también se consagró en la Constitución Nacional en el art. 228, al igual que se está dejando de aplicar el precedente jurisprudencial constitucional sobre el derecho fundamental del Debido Proceso (art. 14 C.G. del Proceso). En consideración a que, por expresa disposición legal, en el escrito de interposición del recurso de apelación contra auto, no es requisito exponer todos los argumentos contra dicha providencia, entiéndase que dicha exposición se realizará contra todos los aspectos tratados en la providencia del 3 de agosto del corriente año 2023, derecho que ejerceré conforme lo establece el numeral 2 del art. 13 L. 2213 del 2022.”



CONSIDERACIONES

El problema jurídico que convoca la atención de la Sala consiste en determinar ¿si acertó la falladora de primera instancia al negar la nulidad interpuesta por el apoderado de la parte ejecutante?

Teniendo en cuenta los antecedentes anteriormente descritos, se evidencia que en el caso objeto de estudio efectivamente acertó la falladora de primera instancia, al negar la nulidad interpuesta por la parte ejecutante, en la cual invoca como causal el numeral 2° del artículo 133 del CGP, al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, en el que se indica que el proceso es nulo cuando el Juez proceda contra providencia ejecutoriada del superior, como quiera que las sentencias que cita el ejecutante de la Corte Constitucional no se profirieron dentro de este proceso y, en el trámite del proceso ordinario en las sentencias que se profirieron y que sirven de base de la presente ejecución no se condenó al pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Adicionalmente, al revisar los autos proferidos dentro del presente proceso ejecutivo, se evidencia que contrario a lo dicho por la parte ejecutante, no son autos ilegales, sino que por el contrario, el auto que libró mandamiento de pago se hizo conforme la sentencia proferida dentro del proceso ordinario la cual sirve de base de la presente ejecución. Aunado a que en dicho auto del 06 de julio del 2018 se negó librar mandamiento de pago por los intereses moratorios solicitados por la parte ejecutante, contra el cual no se interpuso ningún recurso y por ende se encuentra en firme.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que existe una nulidad, esta quedó saneada en los términos del numeral 1° del artículo 136 del CGP, conforme lo indicó la falladora de primera instancia, pues el ejecutante ha venido actuando luego de que se libró el mandamiento de pago sin proponerla.

Siendo necesario recordar que con el proceso ejecutivo se busca adelantar un trámite expedito conducente a obtener el pago efectivo de una obligación



ya reconocida radicada en cabeza de una persona natural o jurídica. Para ello, debe mediar, indiscutiblemente, un título ejecutivo frente al cual no existe determinación legal más allá de definirlo por sus características, que sea claro, expreso, exigible y, con base en este último requisito, que provenga de la persona del deudor y, en el presente caso, no hay ningún título ejecutivo que contenga los intereses moratorios que solicita la parte ejecutante.

Por tanto, al no existir un título que contenga el pago de los intereses moratorios reclamados por la parte ejecutante, no es procedente adelantar en este proceso ejecutivo el cobro de dicho concepto, tal y como se lo señaló el fallador de primera instancia desde que se libró el mandamiento de pago.

Siendo claro que el proceso ejecutivo consta de varias etapas procesales las cuales van feneciendo y, no es posible que en este momento en el que ya se aprobó la liquidación del crédito, la parte ejecutante pretenda revivir a través de una nulidad las etapas procesales que ya fenecieron. Razón por la cual se confirmará el auto apelado en su integridad.

En mérito de lo expuesto esta Sala de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Sin costas en la instancia.



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

MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE YEISON ARNEDO ALCIRA VS LA PENELA
COLOMBIA SAS RAD N° 16-2020-282-01**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la decisión del juzgado 16 laboral del circuito, de fecha 25 de mayo de 2022, en cuya virtud negó las medidas cautelares solicitadas.

HECHOS

El señor **JEYSON ARNEDO ALCIRA**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **LA PENELA COLOMBIA SAS**, para que se declare que existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual terminó sin justa causa. En consecuencia, reclama salarios, vacaciones, diferencias salariales por recargos y horas extras, indemnización por despido, intereses moratorios, daño moral, extra y ultra petita y costas del proceso. (Expediente Digital).

Como fundamento de sus pretensiones, básicamente afirma que el demandante laboró desde el 16 de noviembre de 2018, que desarrolló su labor correctamente y en cumplimiento de la totalidad de sus obligaciones laborales y no recibió ningún tipo de llamado de atención o sanción disciplinaria por parte de quien fuera su empleador, que durante el mes de febrero de 2020 la sociedad LA PENELA COLOMBIA S.A.S. decidió otorgar vacaciones anticipadas a sus trabajadores, con ocasión del traslado y acondicionamiento de las nuevas instalaciones del restaurante, que de la medida envió comunicación a sus trabajadores a disfrutar de un periodo de vacaciones causado en el mes de febrero de 2020 por lo que de tal medida fue enterado mi mandante a través de comunicación general escrita, remitida por el representante legal de la demandada a todos los trabajadores, que la decisión adoptada por la

sociedad demandada, no se suscribió por parte de ésta y su empleado, comunicación o documento específico alguno, en la que el demandante autorizara el descuento de los valores que por tales vacaciones recibiera, en el evento de que se llegare a finalizar la relación laboral, más aún, cuando las mismas no habían sido solicitadas que mediante comunicación vía WhatsApp dirigida al señor JEYSON ARNEDO ARCILIA, éste recibió una comunicación de parte de su empleador, de fecha 19 de marzo de 2020 cuyo asunto es “Terminación Unilateral del Contrato de Trabajo a Término Fijo 3 Meses”, suscrita por el representante legal, que dentro de la precitada comunicación electrónica, la empresa demandada, indicó que, la terminación del contrato de trabajo se hacía de manera unilateral y sin justa causa, por tanto, dada la misma tenía derecho a la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, precisando que el valor por dicho concepto se vería reconocida en la liquidación definitiva de prestaciones sociales, que el día cuatro (4) de abril de 2020 la empresa LA PENELA COLOMBIA S.AS. por medio de su representante legal citó al señor JEYSON ARNEDO ALCIRIA con el propósito de que este suscribiera la liquidación de prestaciones definitiva, no obstante, en la misma fecha, el empleador le advierte que, dado que el monto de su liquidación definitiva de prestaciones sociales era “muy cuantiosa”, le proponía reintegrarse a sus labores de manera inmediata y ordinaria, pero bajo la condición de aceptar una disminución en su salario equivalente a un 75% del salario mínimo legal vigente, es decir que sólo le cancelarían un 25% de un SMLMV, que el demandante no aceptó la oferta realizada por su ex empleador pues se condicionaba el retorno a su trabajo, en detrimento de sus derechos laborales, negativa por la que no se dejó constancia por escrito, y sólo se limitó a solicitar que fuera realizado el pago de la indemnización a que tenía derecho, dado que la misma, obedecía a una decisión unilateral de la demandada, que ante la negativa del demandante a regresar a su trabajo en detrimento de sus derechos laborales (disminución salarial), en las condiciones ordenadas por la empresa demandada; ésta ratificó su decisión de desvincularlo de la empresa, pagándole al término de la relación laboral, lo que quiso como liquidación definitiva de prestaciones sociales, que se le envió la liquidación definitiva de prestaciones sociales, que la demandada de manera malintencionada y sin que mediara autorización expresa del demandante, realizó el descuento por concepto de vacaciones causadas correspondiente al periodo del 1° de enero del 2020, al 19 de marzo de la misma anualidad, por valor de (\$404.765), que así mismo, no se liquidaron, ni pagaron los intereses a las cesantías en la proporción liquidada, esto es, del 1° de enero de 2020 al 19 de marzo de la misma anualidad, ni la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T.

La demandada no contestó la demanda.

La apoderada de la parte actora solicitó medidas cautelares caución y registro de la demanda en el registro mercantil de la demandada, en aras de garantizar la efectividad de la sentencia y de acuerdo con lo establecido en el art 85 A del C P del T y de la S S; afirmando que la demandada es una sociedad por acciones simplificada que, por acto privado, disolverse o adelantar proceso de liquidación voluntaria, buscando así precaver que la demandada ejecute conductas que pongan en peligro lo reclamado.

El a – quo, mediante la providencia que hoy estudia la Sala negó las medidas solicitadas afirmando: “... Se evaluaron las pruebas aportadas el proceso, consistentes en el contrato de trabajo, comunicación de terminación del mismo del 19 de marzo de 2020, documentación donde la demandada en abril de 2020, manifiesta al demandante que ante la falta de aceptación de la propuesta para retomar el contrato, se haría efectiva su terminación y pago de prestaciones sociales, reclamación del demandante para el pago de indemnización por despido sin justa causa y una suma por descuento que considera ilegal, así como indemnización moratoria del artículo 65 del CST, certificado de existencia y representación legal, donde se observa la anotación de no renovación de matrícula mercantil de la demandada.

Con fundamento en dichas pruebas, se tiene que el artículo 85A, contiene unas exigencias para decreto de medida cautelar como son: **estar demostrado que el demandado efectúe actos que el juez estime tendientes a insolventarse o cuando se encuentre en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, la prueba que se aporta de no renovación de matrícula mercantil, no constituye una acreditación suficiente para que en criterio del juzgado se pueda concluir que pretenda insolventarse o esté en serias dificultades para el cumplimiento de sus obligaciones y no se aporta ninguna otra probanza a este efecto, si bien la demandada no contestó la demanda y eso supone un indicio grave en su contra, ello tampoco demuestra las circunstancias enunciadas en el artículo en mención, por lo que no se accederá a la petición de constituir caución y dicha norma no autoriza ninguna otra medida cautelar como la inscripción de la demandada, pues hace referencia exclusivamente a la caución; no obstante que el artículo 590 del CGP establece medidas cautelares para los procesos declarativos, tampoco prevé la inscripción de la demanda, la que sólo procede respecto de bienes sujetos a registro, lo cual no es el caso.**

Inconforme con esta decisión la apoderada de la demandada interpone recurso así: “...Si bien el certificado de existencia y representación legal que se aportó hace 2 años, no da cuenta de la información que hoy es posible validar con el actualizado y es que desde esa data no existe renovación de matrícula mercantil de la demandada, esa sociedad desde hace un tiempo atrás, no viene realizando ninguna actividad comercial y ello sumado a que no existe renovación de su matrícula, da cuenta de que no hay certeza o que dichos actos pueden impedir que cualquier decisión favorable que se tome en favor del señor Jeison se materialice, no hay ninguna actividad comercial de la demandada, el establecimiento de comercio se encuentra abandonado, entonces sí existe una certeza de que la demandada no cumpla sus obligaciones.

Si bien es cierto, la norma aplicable no prevé la inscripción de la demanda en el registro mercantil, lo cierto es que esta sería una medida efectiva el día en que la entidad decida liquidarse, en la medida de que, si existe una decisión judicial, esta va a ser tenida por la demandada en el momento de realizar esa liquidación privada...”

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, la Sala resolverá el recurso y desde ya la Sala advierte que la decisión del Juez de primera instancia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

Hasta la sentencia C 043 de 2021, se había sostenido que en materia laboral la única medida cautelar posible en proceso ordinario era la contemplada en el artículo 85 A del C P del T y de la S S; siendo imposible recurrir para otras al CGP, ya que no lo permitía el artículo 145 de nuestro ordenamiento procesal, por tener el tema absolutamente regulado en este código. Sin embargo, la sentencia C043, proferida el 25 de febrero del año en curso, al estudiar una demanda de inexecuibilidad del artículo 85 A ya citado y como bien señaló la Juez abrió la puerta para la aplicación de las denominadas medidas cautelares innominadas, **solo que solo y siempre y cuando se den los requisitos para que así sea, lo que desde ya advierte la Sala no se cumple en este caso, toda vez que la Corte declara exequible de forma condicionada el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, por el cargo de igualdad que analizó, pero en el entendido que en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse las medidas cautelares innominadas previstas en el literal “c”, numeral 1, del artículo 590 del Código General del Proceso; lo cual no implica que su decreto sea automático con la simple solicitud de las mismas. Nótese que, en la misma sentencia, en el numeral segundo de la parte resolutive, la Corte exhorta al Congreso de la República, para que defina un régimen de medidas cautelares que atienda las características propias de las pretensiones que se tramitan ante los jueces laborales, lo que implica que al decretarlas desde luego no solo debe el Juez analizar los requisitos, sino atender esas características propias del derecho laboral.**

Lo anterior para hacer claridad sobre la pretendida inscripción de la demanda, que no está contemplada en el art 85 A del C P del T y la SS, y que tampoco obedece a las características propias del derecho laboral, así se haya abierto la posibilidad de medidas innominadas, pero solo si se dan los requisitos para su procedencia, desde luego siendo el más relevante, el que contempla la norma procesal laboral y es que se encuentre debidamente acreditado que la demandada está ejecutando actos tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando surja con claridad que se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones; **lo cual no se puede inferir de hechos futuros e inciertos que la apoderada cree pueden llegar a suceder, se itera en el futuro, como una posible liquidación voluntaria. Tampoco hay prueba de inactividad comercial, lo que no puede derivarse de la falta de renovación de la matrícula,**

luego la solicitud de las medidas, solo tiene apoyo se itera en afirmaciones de posibilidades, carentes de prueba.

Conviene resaltar entonces que, en cuanto a medida cautelares en proceso ordinario en laboral, la corte no pudo ser más clara al respecto y en la sentencia ya analizada señaló:

“(…)

De allí que, para evitar un abuso en la imposición de una medida cautelar, *su procedencia no sea automática tras la solicitud, sino que está sujeta a la decisión del juez, quien ejerce un rol que es esencial para que bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad defina sobre su viabilidad y término de duración. Por tanto, esta Corporación ha indicado que “[l]as medidas cautelares no pueden, en ningún caso, ser arbitrarias. Los jueces, en ejercicio de su función, las deben decretar en cada proceso, de tal manera que aún en la hipótesis en que su atribución para decidir sea amplia, la discrecionalidad jamás pueda constituir arbitrariedad”*¹.

Ahora bien, la recurrente insiste en la aplicación de la inscripción de la demanda, con el argumento de ser esta efectiva, ignorando que las medidas deben estar contempladas en la Ley y sobre todo pasando por alto el argumento del Juez esto es que el artículo 590 de CGP; no contempla esta inscripción y que, aunque en la sentencia atrás referida se admite acudir a esta norma, ello solo sucede no solo si están allí consagradas, sino cuando se cumplen las reglas o requisitos para su procedencia; lo que evidentemente descarta que simplemente surjan por su posible efectividad, en el sentir de quien la solicita; insistiendo que solo tendrán lugar si el Juez lo encuentra razonable; se itera, **si se dan los requisitos, siempre bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad y dadas las pretensiones perseguidas; esto es: i) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho y ii) la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida permitiéndole además, si lo estimare procedente, decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada.**

Ninguna de estas se encuentra acreditada, pues insistimos no basta que la recurrente afirme que la empresa puede disolverse; razón por la cual se **CONFIRMA**, la decisión de primera instancia.

Sin costas en la alzada, para esta decisión.

Una vez resuelto el auto procede la Sala a resolver la apelación de la sentencia.

Mediante decisión de mayo 25 de 2022, el Juez de primera instancia decidió:

“...PRIMERO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo a término fijo Página 5 de 6 BACP que rigió desde el 16 de noviembre de 2018 hasta el 19 de marzo de

2020, en el cual fungió como trabajador el señor demandante YEISON ARNEDO ALCIRA identificado con cédula de ciudadanía No. 1.047.422.574 y en calidad de empleador, la demandada la sociedad LA PENELA COLOMBIA S.A.S., contrato que se dio por terminado con despido sin justa causa.

SEGUNDO: CONDENAR a LA PENELA COLOMBIA S.A.S por ante su representante legal a reconocer y pagar al demandante los siguientes valores y conceptos: a) El monto de (\$8.320.596) Mcte, por concepto de indemnización por despido sin justa causa. b) El valor de (\$404.765) Mcte, por concepto de descuento ilegal efectuado por vacaciones anticipadas al trabajador. c) CONDENAR a la demandada a indexar los valores de los numerales que anteceden, acudiendo para ello a los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, teniendo como índice inicial, el de la fecha de terminación de contrato y como índice final, el vigente en el momento que se paguen los valores aquí condenados.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones que no fueron acogidas en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1SMLMV), como valor de las agencias en derecho....”

Para llegar a esa decisión el Juez manifestó en síntesis lo siguiente: “...Hay que destacar el artículo 24 del CST, según el cual se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo; de ahí las cargas probatorias que incumbe a las partes, según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral en el sentido que al trabajador le corresponde probar principalmente la prestación personal del servicio, que le prestó un servicio a otra persona porque con esa prueba principal se ve favorecido de la presunción de contrato de trabajo, esto es, que esos servicios se prestaron bajo la égida de un contrato de trabajo y por supuesto, que corresponde al empleador probar en contrario, es decir, demostrar y derruir los elementos de la relación de trabajo si así lo desea; que no hubo una prestación personal del servicio, que no existía subordinación alguna o que no había retribución a cambio de los servicios. Pero también la Corte Suprema en doctrina probable ha reiterado que al trabajador le corresponde demostrar otros aspectos como los extremos temporales del contrato de trabajo, la jornada y horario de labor, las horas de trabajo suplementario, horas extras, el despido si lo alega y al empleador le corresponde demostrar la justa causa si pretende alegarla. Ahora bien en desarrollo del contrato de trabajo conforme la norma del Código sustantivo, del mismo nombre emanan y corresponden prestaciones sociales y otros derechos a los trabajadores, como prestaciones principales tenemos los auxilios de cesantía, los intereses a la Cesantías y las primas de servicio y otros derechos que corresponden, como los son las vacaciones que constituye un descanso no remunerado y corresponde al trabajador conforme al código, 15 días de salario por cada año de labores que haya desarrollado, las modalidades del contrato de trabajo es importante señalarlas también que están previstas en los artículos 45 y siguientes del CST; con base en estas premisas jurídicas pasa el juzgado a resolver o evaluar las pruebas la materia fáctica del presente asunto; para el juzgado está demostrado plenamente el contrato al trabajo que unió a las partes, al señor Jeison Arnedo Alcira como trabajador y a la demandada, la Penela Colombia SAS en calidad de empleadora, esto no solamente hay que decir porque se allegó prueba de contrato de trabajo, prueba por escrito sino también porque estos hechos se presumen ciertos, se presumieron ciertos en el presente asunto como consecuencia de la falta de asistencia del representante legal de la demandada a la audiencia obligatoria de conciliación, asimismo, dejó de asistir al interrogatorio de parte y los hechos que el juzgado tuvo por ciertos al haber dejado de asistir el representante legal a la audiencia de conciliación sobre los mismos se predica confesión, ficta o presunta por haber dejado de comparecer también a contestar el interrogatorio de parte. entonces está probado y se presumieron ciertos los hechos, el hecho segundo que habla de la vigencia inicial del contrato de 16/11/2018 al 15/02/2019, hecho tercero: la prórroga del 15/02/2019 al 15/05/2019, el hecho cuarto, la prórroga del 16 de mayo al 15/08/2019 y el hecho quinto: la prórroga que va del 16/08/19 al 15/11/2019, el hecho sexto también según el cual hubo una prórroga comprendida entre el 16/11/2019 y hasta el 15 de noviembre del año 2020. Además, hay que tener en cuenta como ya se mencionó

que tienen respaldo en el contrato de trabajo que fue aportado en el archivo 001 escrito, demanda y anexos en formato PDF, con un total de 77 folios a partir del folio 27 está el contrato laboral a término fijo entre las partes ya mencionadas para que el señor demandante se desempeñara como auxiliar de cocina en favor de la demandada y tiene fecha de firma o de suscripción el 01/11/2018, este contrato dice en la cláusula segunda folio 28 vigencia y prórroga: el presente contrato tendrá una vigencia de 3 meses, es decir, del 16/11/2018 hasta el 16 de febrero de 2019 al final del cual se podrá renovar o dar por terminado por las partes; esto se acompaña, por supuesto, con la ley laboral, el artículo 46 del CST que establece que el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a 3 años, pero es renovable indefinidamente, si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado ninguna de las partes avisara por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato con una antelación no inferior a 30 días, éste se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado y así sucesivamente; no obstante, si el término fijo es inferior a 1 año únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por 3 periodos iguales o inferiores al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a 1 año, y así sucesivamente pues bien, operó lo que la norma prescribe en el caso del proceso que nos ocupa, por lo tanto, será válido declarar la existencia de un contrato de trabajo a término fijo que rigió desde el 16 de noviembre del año 2018 hasta el 19 de marzo de 2020. Ahora bien, ya volverá el juzgado sobre la fecha de terminación y forma de terminación del contrato de trabajo, hay que mencionar sobre el tema relacionado con la modalidad del contrato que nada se demostró en contrario en el proceso, el punto de la prestación del servicio personal del demandante en favor de la demandada en forma consecutiva durante el periodo de tiempo ya mencionado, hechos que también se presumieron ciertos, ante la falta de comparecencia de la parte demandada y también nos da cuenta otros documentos de esa prestación de servicio como los documentos de volantes de pago del señor Jeison Alcira son indicios de esa prestación constante del servicio en el folio 34 en adelante, correspondiente a los meses de febrero, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2019 que va hasta el folio 39 del instrumento ya mencionado; ahora bien, la terminación del contrato de trabajo está demostrada también en el presente asunto y la prueba está dada por la confesión de la parte demandada, al no comparecer absolver interrogatorio de parte y por la presunción de ser ciertos esos hechos ante su incomparecencia a la audiencia conciliación y también con prueba documental, se prueba la terminación del contrato; es así como hay que mencionar lo siguiente: el hecho número 12 que se presumió cierto y es confeso también por las razones ya mencionadas, da cuenta que mediante comunicación vía WhatsApp dirigida al señor Jeison Arnedo Arcila, este recibió la comunicación de parte de su empleador, de fecha 19/03/2020, cuyo asunto es terminación unilateral del contrato de trabajo a término fijo 3 meses suscrita por el representante legal y el hecho 13 también se presumió cierto, que dice que dentro de la precitada comunicación electrónica, la empresa demandada indicó al señor Jeison Arnedo Alcira que la terminación de su contrato de trabajo se hacía de manera unilateral y sin justa causa, por tanto dada la misma, tenía derecho a la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 64 del CST, precisando que el valor por dicho concepto se vería reconocido en la liquidación definitiva de prestaciones sociales y estos hechos, además tienen respaldo en la comunicación en el documento que efectivamente fue aportado por el demandante en el archivo 001 se encuentra en el folio número 25 tiene efectivamente fecha 19/03/2020 y firmado por el señor José Antonio Saavedra como representante legal de la Penela Colombia que SAS que dice lo siguiente; “ la penela Colombia SAS en cabeza de su representante legal señor José Antonio Cajiao Saavedra, identificado con Cedula de extranjería 552891, se permite informarle de acuerdo al artículo 64 del CST se da por terminado unilateralmente el contrato de trabajo con usted suscrito; de acuerdo a lo anterior es procedente pagarle a usted la indemnización que trata el mencionado artículo en su inciso tercero; de acuerdo al anterior, como documento adjunto encontrará la liquidación de prestaciones sociales de acuerdo a los días laborados y la respectiva indemnización”, esta carta da cuenta precisa de la terminación de la relación laboral por parte del empleador y también reafirma el hecho de la modalidad del contrato, que de esta forma se está reconociendo a la finalización del mismo como un contrato a término fijo, que tiene

las consecuencias indemnizatorias ya mencionadas del artículo 64, que corresponde al pago del tiempo faltante para el plazo estipulado dice la norma, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato. También hay que destacar que está demostrado así mismo por confeso y por no haber asistido a audiencia de conciliación, el hecho número 7, según el cual, el salario del trabajador que era variable se componía de mínimo legal vigente, más remuneración al trabajo suplementario y que según liquidación de prestaciones sociales elaborada por el antiguo empleador, correspondía a la suma de \$1.053.229, ese se ha de tener como efectivamente el último salario devengado por el trabajador, además, porque así lo demuestra la liquidación anexa a la comunicación del 19 de marzo de 2020, aparece en el folio 23, también está dentro de la presunción de ser ciertos los hechos en la demanda ya mencionados, donde aparece la liquidación, contrato de trabajo y con una base de liquidación de \$1.053.229, entonces estos aspectos tienen ya su probanza; extremo final, extremo inicial y salario, téngase en cuenta que otro de los hechos que se presumen cierto y que da cuenta que efectivamente el contrato tuvo la duración ya precisada conforme a las pruebas y que terminó de manera unilateral por decisión del empleador, la prueba siguiente que hace alusión de los hechos, 14 y 15, hablan de que el 4 de abril, de 2020, el empleador citó al demandante para que suscribiera la liquidación de prestaciones definitiva y que en esa fecha su empleador le advirtió que dado que el monto de su liquidación definitiva era cuantiosa, le proponía reintegrarse a sus labores de manera inmediata y ordinaria, pero bajo la condición de aceptar una disminución en su salario equivalente a 75% de salario mínimo legal vigente, es decir, que solo le cancelarían un 25% de un salario mínimo y el hecho 17 también es importante, teniendo en cuenta que también se presume cierto y es confeso, la respuesta negativa al señor Arnedo Alcira, frente al ofrecimiento de la demandada sobre el retorno a sus labores, con una disminución importante de su salario, la Penela Colombia SAS confirmó su determinación de terminar de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo cancelándole, al término de ésta una suma de dinero por concepto de liquidación definitiva, prestaciones que no corresponde al valor real que debía serle pagado, estas manifestaciones o estos hechos tienen respaldo en las pruebas que se presentó, comunicación del 08/04/2020, dirigida por la suscrita y firmada por la Penela Colombia SAS, dirigida al demandante, donde se permiten informarle que en atención a que no aceptó la propuesta de la empresa realizada el día 04/04/2020 para reanudar su contrato de trabajo, se procedió a realizar la liquidación correspondiente de sus prestaciones sociales y el valor de la misma le fue consignado a su cuenta bancaria el día 8 de abril del año 2020. Para el juzgado estas comunicaciones y ninguna otra prueba demás, dan cuenta de que se haya celebrado un nuevo contrato o se haya dejado sin valor la carta de terminación del contrato, por lo que el contrato terminó el día 19 de marzo del año 2020; esto que se dice en la carta del 8 abril 2020 ratifica como la misma lo dice que se procedió a realizar la liquidación de sus prestaciones sociales y que se consignaría a su cuenta bancaria el 8 abril de 2020, manifiesta la parte actora que lo único que se le pagó fue el valor de la liquidación propiamente dicho, donde aparecía el descuento que se reclama como ilegal por unas vacaciones anticipadas que habían sido otorgadas y que no se pagó indemnización por despido, para un total de \$640.179, efectivamente aparece extracto de la cuenta de ahorro del demandante Banco Davivienda folio 48 del archivo 1, transacción de abono por transferencia de fondos la Penela Colombia del 8 de abril del año 2020 por un total de \$640.179 y lo que afirma la parte actora es que no se le pagó la indemnización por despido que no estaba contemplada la liquidación y que allí si le hizo descuento por vacaciones anticipadas, esto se presume cierto por la inasistencia de la parte demandante a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte, pero además, hay prueba de ello y es la consignación que ya se mencionó que se le efectuó al demandante la transferencia y también en la liquidación final de contrato que se le entregó al demandante y que también se presume cierta, que aparece el cuadro del folio 23 donde efectivamente da un neto a pagar de \$640.179 que fue lo consignado al demandante, pero en esa cuenta revisándola efectivamente no aparece el concepto de indemnización por despido sin justa causa y si aparece el descuento por vacaciones de \$404.765 que obedece según los hechos que se presumió cierto y según documental a una orden

del empleador de conceder vacaciones anticipadas a los trabajadores, en este caso al demandante, para después en la liquidación final, descontar esos valores.

Téngase en cuenta entonces que en el rubro de vacaciones en la liquidación que se menciona se hace una cuenta de todo el tiempo de labor, 16/11/2018 a 19/03/2020, un total de 484 días y hacen descuento menos días tomados 34 días por eso las vacaciones por pagar salen en saldo en contra del demandante con menos 13.83 días a cargo del actor demandante y por eso se le hace un descuento en \$404.765; pues bien, esto es cierto para el juzgado ese descuento que se hizo por lo siguiente, como se decía se presumieron ciertos y confesos, además, los hechos 9, 10 y 11, esos dicen lo siguiente; hecho noveno: durante el mes de febrero de 2020, la sociedad la Penela Colombia SAS decidió otorgar vacaciones anticipadas a sus trabajadores con ocasión del traslado y acondicionamiento de las nuevas instalaciones del restaurante, hecho 10: de la medida, envió comunicación a sus trabajadores para disfrutar de un periodo de vacaciones causado en el mes de febrero 2020, por lo que de tal medida fue enterado el demandante a través de comunicación general escrita, remitida por el representante legal de la demandada a todos los trabajadores y el hecho 11: de la decisión adoptada por la sociedad demandada no se suscribió por parte de ésta y su empleado, el señor Jeison Arnedo, comunicación o documento específico alguno en la que el demandante autorizara el descuento de los valores que por tales vacaciones recibiera en el evento que se llegara a finalizar la relación laboral, más aún cuando las mismas no habían sido solicitadas por este”, se presumieron ciertos esos hechos de manera que se explica la razón del descuento atribuido pero además de eso, hay prueba también de documento la misma que se hace referencia a los hechos en el folio 32 del archivo 01, donde el representante legal José Antonio Callao Saavedra firma una comunicación, donde se identifica como representante legal y dice que en calidad de empleador informa a sus empleados que a raíz de las reparaciones locativas y demás asuntos operativos por adecuación del lugar de trabajo, adicionado a lo estipulado en el CST, artículo 186 y siguientes, decide prolongar el periodo de vacaciones anticipado concedido anteriormente a cada uno de ustedes, extendiéndose al disfrute de las vacaciones hasta el día lunes 24 de febrero de 2020; así las cosas, esperaremos contar con la presencia de ustedes en martes 25/02/2020, en la siguiente dirección, calle 70, número 637 a las 10:00 de la mañana para reanudar labores.

En ese sentido, es claro para el juzgado que efectivamente, se procedió a hacer el descuento de los valores ya mencionados y que ciertamente no existía autorización alguna del trabajador para realizar esos descuentos y es sabido que no se puede descontar valores por salarios o prestaciones sociales de los trabajadores sin que exista autorización previa y por escrito para ello, el artículo 149 del CST, así lo establece claramente y además hay que tener en cuenta que esa fue una determinación unilateral del empleador enviar a vacaciones a sus trabajadores, en lo cual, no hay responsabilidad alguna de aquellos y en ese sentido el empleador debe acarrear con el pago de salario durante el tiempo que por disposición suya no haya prestación de servicio esto conforme al artículo 140 del CST, ciertamente fue un descuento ilegal realizado por el concepto de vacaciones anticipadas y deberá condenarse a la demandada a pagar ese valor al señor demandante. Ahora bien en lo que hacen referencia a la indemnización por despido sin justa causa, tal indemnización es claro que procede plenamente, como lo establece el artículo 64 del CST, según el cual en todo contrato va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente y establece la tabla de indemnización en los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato en este asunto, entonces es claro que procede tal indemnización y que el salario último probado, el trabajador que fue de \$1.053.229, debe multiplicarse el valor diario de ese salario por los días que faltaban para que se cumpliera el término del contrato, que no era otro que hasta el 15 de noviembre del año 2020, por lo tanto, desde el 19/03/2020 hasta el 15/11/2020 se precisa un total de 237 días por un salario diario de \$35.108, pues corresponde una indemnización en favor del trabajador de \$8.320.596 por el cual se emitirá condena. Bien, téngase en cuenta además de lo anterior que la parte demandante, hace una solicitud de pretensiones donde solicita

el pago de unos días de salario del 25 al 29/02/2020 y al pago de una diferencia de salario del 01 al 19 de marzo del año 2020, las primeras manifiesta que se declare que no le fue pagado y la condena a ese pago y en las segundas, que se declare que no fueron pagados en forma completa los salarios del 01 al 19 de marzo y que se pague entonces el valor completo de los mismos y se condene a ese pago; es bien sabido sobre el particular en materia probatoria que los supuestos fácticos que contiene una norma jurídica que supone unos efectos jurídicos, deben ser probados claramente y plenamente con cualquier medio de prueba en este caso, se alega falta de pago de salarios y falta de pago completo de unos salarios sin embargo, hay que decir claramente que no hay prueba en el proceso de esa falta de pago de esos salarios que van del 25 a 29/02/2020 y de una diferencia en el salario del 01 al 19/03/2020, sin que exista prueba a esa deuda, pues no es posible condena al respecto; téngase en cuenta sobre este particular que la situaciones fácticas que se constituyen en negaciones indefinidas como que no se ha realizado un hecho o no se ha cumplido con la obligación no requieren prueba, claro está, las negaciones indefinidas, pero hay que hacer esas negaciones indefinidas para que en ese sentido, se traslade la carga de la prueba a quien es un presunto deudor y debe probar entonces en contrario a esa negación indefinida como es el caso, sería el pago de salarios o el pago completo de salarios; sin embargo, en los hechos no se describió ninguna negación indefinida sobre ese particular, por lo tanto, no quedó demostrada esa deuda a la que se ha hecho alusión, se menciona en las pretensiones únicamente que se declare que no se pagaron unos salarios del 25 al 29 de febrero y que no se pagaron completos unos salarios del 01 al 19 de marzo y se pide la condena por eso, pero no es en las pretensiones donde se puede generar la prueba a causa de las negaciones indefinidas, sino en los hechos, son los hechos los que configuran el litigio, fundamentalmente porque en el caso de las pretensiones, por ejemplo, y aún en materia laboral, puede darse el caso de que no todas estén precisadas o solicitadas porque el juzgador puede llegar incluso a emitir decisiones ultra petita o extra petita, pero la condición sí es que estén alegadas en los hechos con toda precisión las prestaciones, indemnizaciones o salarios que se pretendan y haya sido debatido en juicio, de lo contrario no es posible ni siquiera la aplicación de la cláusula extra petita, de manera que en este caso no habrá condena por salarios que se solicita porque no se demostró que se adeuden los salarios que se piden de febrero de 2020 o diferencias salariales de febrero de ese mismo año, se negará entonces las pretensiones en ese sentido. Ahora en el punto de indemnización plena de perjuicios que solicita la parte actora e indemnización del daño moral, hay que decir que la indemnización plena de perjuicios a que se hace referencia, hace alusión a una realidad distinta a la que se debatió en este proceso, la indemnización plena de perjuicios en materia laboral es la del artículo 216 del CST que está destinada a la indemnización de perjuicios causados por culpa del empleador, es una responsabilidad civil en el plano del derecho del trabajo, deben estar acreditados unos daños, una culpa del empleador y una relación de causalidad que no son los eventos de este proceso donde lo que se reclamaron fue salarios y prestaciones sociales; ahora bien, la Corte Suprema de Justicia ha pregonado que si bien la indemnización tarifada del artículo 64 del CST es tarifada, no puede solicitarse mayor valor de perjuicios que los que allí se contempla en la norma, pues esto se basa, en el daño divergente y lucro cesante; ahora ha dicho la Corte que puede existir derivación de daño moral o la terminación del contrato de trabajo, pero debe estar debidamente acreditado el daño moral causado y la relación de causalidad una intencionalidad, un actuar intencionalmente causado de causar perjuicio por parte del empleador que esté debidamente acreditado en el proceso y además los daños propiamente dichos, los daños morales; pues bien, en ese caso no están probados daños morales, en el asunto que nos ocupa, ningún medio probatorio dio cuenta de ello, menos el testigo que declaró, el señor Carmelo Alberto Castro quien manifestó ser amigo del demandante, no recuerda ni sabe el nombre del empleador, de todas formas, tampoco las fechas las precisa, no es claro para nada tampoco, cuál fue la razón de haberle dado hospedaje a alguien en estas fechas, pero de todas formas no prueba un perjuicio moral estos dichos del testigo; desde ese punto de vista el daño moral es una afectación en la psiquis, en la psicología, en la emocionalidad de las personas y debe estar plenamente demostrado, pero que además se generó por la conducta del empleador, conducta dañina o misiva, francamente intencional de

causar un perjuicio al trabajador, que tampoco está demostrado, hay una injuria, hay una negligencia en el pago de salarios y prestaciones a la finalización del contrato que en este caso, se probó, un descuento ilegal por concepto de vacaciones anticipadas y la indemnización por despido sin justa causa, fue lo único demostrado en el proceso y que efectivamente existió la mora del empleador en pagar la indemnización por despido y que fue ilegal el hecho un descuento no permitido pero esto no es prueba de daño moral y por eso se debe absolver de las pretensiones que tiene que ver con indemnización plena de perjuicios y daño moral. De modo que las únicas pretensiones que se van acoger son las del pago de descuento ilegal que se hizo al trabajador por concepto de vacaciones anticipadas por valor de \$404.765, más la indemnización por despido sin justa causa por valor de \$8.320.596. No procede la indemnización moratoria del artículo 65 del CST porque está se causa cuando a la finalización del contrato se adeudan salarios y prestaciones sociales, en este caso solo se determinó que hubo descuento ilegal por vacaciones anticipadas, que debe ser pagado al trabajador y una indemnización por despido sin justa causa, pero no salarios y prestaciones, que es de lo que trata la moratoria del artículo 65 del CST, tampoco habrá condena a indemnización por daño moral o de indemnización plena de perjuicios que se solicitaba, en relación con intereses moratorios, no proceden los mismos, los intereses moratorios que proceden en derecho del trabajo son los del artículo 65 del CST, que por la misma razones ya expuestas, aquí no procede; sin embargo, el despacho debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reiterada y reciente, señaló que el juez laboral puede ordenar la indexación de los valores propios de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones cuando esos valores no estén respaldados por una sanción moratoria esto porque se trata de una medida de equidad de justicia y no una sanción, es decir, una manera de procurar el mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda solamente; se ordenará entonces que esas condenas se paguen debidamente indexadas conforme a los índices de precios al consumidor teniendo como índice inicial el de la fecha de terminación del contrato de trabajo y como fecha final ha quedado aquella que se pague efectivamente al trabajador las condenas aquí impuestas....”

Inconforme con esta decisión la apoderada de la parte actora, interpuso recurso así: “...Me permitió formular recurso de apelación únicamente en los puntos que fueron decididos de manera desfavorable al demandante, esto es lo que refieren a que el punto que negó el reconocimiento de las diferencias salariales adeudadas al señor Jeison Arnedo, correspondiente al periodo del 01 al 19/03/2020, así como los días de salario que le dejaron de cancelar, el del 25 de febrero al 29 de marzo del 2020, la condena que se puede derivar del reconocimiento del descuento ilegal que acaba de proferir la sentencia y que no fue concedido esto en atención a lo siguiente: se difiere de la argumentación del despacho en el punto que hace referencia a la negación de estos pagos salariales, teniendo en cuenta que sí se encuentra acreditado que en efecto, los mismos no se cancelaron, el señor Jeison Arnedo, no recibió el pago de estos días de salario que debieron haberse contenido en la liquidación definitiva del contrato de trabajo que obra dentro del expediente y que, sin embargo, no lo refleja, el señor Jeison tuvo que reintegrarse a sus labores a partir del 25 de febrero, como igualmente está acreditado documentalmente; sin embargo, en la liquidación definitiva de su contrato de trabajo no hay reflejo de tal pago de esos días salariales, únicamente se le liquidó el corte del 01 al 19 de marzo; en relación con la diferencia salarial que se alega respecto a estos 19 días, que tampoco fue cancelada, la liquidación es prueba documental clara, allí se evidencia que el salario que se tuvo en cuenta para liquidar estos días correspondió a \$877.803 pesos; sin embargo como quedó establecido también dentro de este proceso, el salario que venía devengando el señor Jeison Arnedo ascendía a \$1.053.229, suma que no fue tomada en cuenta por la empresa al momento de liquidar estos días salariales en favor del señor Jeison, en ese orden, sí resulta procedente y si existe prueba para que el Tribunal y en particular el magistrado que conozca este asunto, evalúe la pertinencia de esta y la procedencia de estas pretensiones y en ese orden la reconozca, en igual sentido y teniendo en cuenta que sobre estas prestaciones, por tratarse de salarios, resulta procedente el reconocimiento y pago de la moratoria, se debe reconocer esta sanción porque en efecto hay una clara prueba de que existió mala fe de parte de la

demandada la Penela SAS al sustraerse de cancelar estos dineros que legalmente le correspondían al señor Jeison por haber prestado sus servicios de manera personal. En ese orden, resulta también pertinente que se evalúe teniendo en cuenta que el despacho aquí ha podido verificar que, en efecto, el señor Jeison se le descontó ilegalmente una suma bajo el concepto de vacaciones realmente bajo esta premisa y esta declaratoria que ha efectuado el despacho, lo que se tiene es que estos dineros en últimas no son vacaciones, sino en efecto, eran salarios que la demandada también dejó de cancelarle, bajo esos presupuestos resulta procedente igualmente la indemnización moratoria, pues que el despacho desestima y situación, pues que en efecto, se solicita al tribunal evalúe.

Finalmente, en lo que refiere a los perjuicios morales y debe manifestarse que se disiente de la decisión, en el entendido de que a esta audiencia compareció un testigo que si bien no detalló mayores datos en relación con la relación laboral del señor Jeison, pues sí fue coherente al ubicar temporalmente al despacho al decir que 2 años atrás él había brindado el hospedaje al señor Jeison, en atención a que este se había quedado sin empleo y en consecuencia, sin los recursos suficientes para sufragar lo mínimo como era la vivienda, mientras pudo obtener recursos para regresar a su lugar de origen, lo manifestado por el señor Carmelo Alberto Castro en este proceso, igual también tenía sustento probatorio documental con la declaración que este rindiera en su momento y que se aporta al proceso en el que da cuenta en efecto, que él brindó techo y un apoyo de alguna manera emocional dada la circunstancia tan difícil que atravesaba el señor Jeison al no contar con los ingresos para su sostenimiento mínimo, situación que él ratificó, pudo evidenciar, pues al ver la aflicción por la que pasaba de alguna forma, el sentimiento de pena y de impotencia que tuvo que atravesar al tener que pedir incluso alojamiento a una persona que no era incluso un familiar cercano y dadas las circunstancias fue la única que le pudo brindar el apoyo emocional y sobre todo, el techo para sobrevivir en esa situación tan difícil....”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, se tiene que quedó suficientemente determinada la existencia de la relación laboral entre el demandante y la demanda, que tuvo lugar entre el 16 de noviembre de 2018 al 19 de marzo de 2020; en virtud del cual, el demandante se desempeñó como auxiliar de cocina; situaciones fácticas que se deducen de las documentales allegadas por la parte demandante, contentivas de contrato de trabajo suscrito con la demandada, liquidación final de prestaciones sociales y comunicación de terminación de contrato de trabajo visibles en expediente digital.

En cuanto al primer punto que reprocha la recurrente, esto es, el pago de salarios por los días comprendidos entre el 25 al 29 de febrero de 2020; suficiente resulta señalar que en las situaciones fácticas que narra como sustento de sus pretensiones, indica que por decisión unilateral de la demandada, **disfrutó de vacaciones los meses de febrero y marzo de 2020**, y cuando en marzo de la anualidad en mención pretendió retornar, su contrato fue terminado al no aceptar las condiciones laborales que le proponía la demandada, de tal manera tal pedimento se torna improcedente por cuanto según su mismo dicho, tales días no prestó sus servicios, aunado a ello, la decisión recurrida

dispuso la devolución de la suma descontada por vacaciones al actor a la finalización de su contrato de trabajo.

En cuanto a las diferencias salariales alegadas por concepto de trabajo suplementario y horas extras, se tiene que la Sala Laboral de la CSJ ha señalado de manera reiterativa entre otras en sentencia SL 1064 de 2018 que para acceder a tal pretensión, se debe demostrar de manera **real y efectiva** la prestación de servicio en horas extras o nocturnas, circunstancia que no ocurre para el caso bajo estudio, pues ninguna prueba se aportó a efectos de determinar la cantidad de horas laboradas por el actor fuera del horario laboral previsto en la Ley, por lo que tal argumento tampoco sale avante.

Respecto de la procedencia de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, la sala comparte la conclusión a que arribó el juez de primer grado a este respecto; lo anterior por cuanto no se observa que el actuar de la demandada hubiera estado revestido de mala fe, atendiendo a que con el caudal probatorio allegado permite dar cuenta del cumplimiento de todas sus obligaciones durante la vigencia y finalización de la relación laboral con el actor, como son el pago de salarios y trabajo suplementario y afiliación al sistema de seguridad social integral; de lo que se concluye con claridad que la pasiva no incurrió en conducta omisiva alguna que permita ubicar su actuar en el campo de la mala fe, para condenarla a la indemnización moratoria, pues los rubros a que se condenó luego de finiquitado el trámite procesal de primera instancia, no tienen la connotación salarial ni prestacional que permita dar aplicación a la sanción en cita.

Por último y respecto de los perjuicios morales que se reclaman, contrario a lo señalado por la recurrente, nada lleva a determinar que la terminación de la relación laboral del actor, le haya ocasionado afección emocional alguna, pues al respecto sólo obra tal afirmación y la del testigo que indicó proporcionarle ayuda al actor dejándolo quedar en su hogar, lo que por sí solo no determina el sufrimiento de tal índole como consecuencia de la terminación de la relación laboral que permite acceder a los perjuicios reclamados.

Conforme lo señalado en precedencia, al no prosperar ninguno de los argumentos del recurso, se **confirmará** la sentencia.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR las providencias proferidas en audiencia llevada a cabo el 25 de mayo de 2022, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES FUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 19-2019-00841-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: RITA CECILIA GUEVARA

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora KAREN SILVANA MENDIVELSO, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 6 de junio de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora RITA CECILIA GUEVARA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se reconozca el derecho que tiene a que se pague indemnización sustitutiva como compañera y esposa del señor Rafael Vásquez, ordenando a Colpensiones pagar la misma.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el 2 de marzo de 2003, inició vida marital con el señor Rafael Ernesto Riveros, que 2 años después, el 27 de mayo de 2005, contraen matrimonio civil en la Notaría 43 del Círculo de Bogotá, que el señor Rafael en vida cotizó para los riesgos de IVM 332 semanas, que falleció el 6 de marzo de 2008, por lo que radicó solicitud de indemnización sustitutiva ante la demandada, la que expidió resolución SUB 166345 de 2019, negando dicho reconocimiento; para lo cual adujo que no se había acreditado el requisito de convivencia con el causante, por lo que contra esta interpuso los recursos de Ley, siendo finalmente confirmada.

Que en acto administrativo antes mencionado, se surtió publicación de edicto emplazatorio, convocando a quienes se consideraran con derecho de reclamar las prestaciones causadas por el su esposo, que el contenido de las resoluciones mediante las cuales se le negó el derecho, resultan contradictorias.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los No. 1, 3, 4 a 12, 14 y 16, negó el No.15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración al derecho al pago de IPC ni reajuste alguno, carencia de causa para demandar, compensación y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: *DECLARAR que la señora Rita Cecilia Guevara Chávez le asiste el derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes al cumplir con los requisitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, conforme se expresó en la parte motiva de la presente sentencia.*

SEGUNDO: *CONDENAR a la entidad demandada a pagar en favor de la señora Rita Cecilia Guevara Chávez la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por la suma fija de \$3.499.297,65, la cual deberá ser pagada en forma indexada al momento de su reconocimiento por parte de la demandada, teniendo como IPC inicial la fecha de la presente sentencia.*

TERCERO: DECLARAR *no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, en especial la de prescripción. (...)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

En relación con la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta los hechos de la demanda y de conformidad con la fijación del litigio, se hace necesario remitirnos a la premisa normativa para el efecto de resolver lo pertinente, es decir, al artículo 49 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal, indica que los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir una indemnización equivalente a la que hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, es así que el análisis de la norma antes mencionada encuentra el despacho necesario, en primer lugar, establecer principalmente la calidad de beneficiaria de la actora, es decir, de la señora Rita Guevara como quiera que en el caso bajo estudio no existe duda de que, en efecto, el causante, Rafael Ernesto Riveros, no había reunido los requisitos para que su grupo familiar hubiera podido ser acreedor de una pensión de sobrevivientes y ellos se explicara a continuación.

Al respecto entonces tenemos que indicar que en el plenario se acreditó que el señor Rafael falleció el 6 de marzo de 2008, tal y como da cuenta del Registro Civil de defunción, que conforme con el criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia de la norma, con fundamento en la cual debe ser dirimida la prestación de sobrevivientes, es la que se encuentra vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o del afiliado, por lo que el presente asunto se rige entonces por lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, atendiendo a que el fallecimiento ocurrió el 6 de marzo del año 2008. En tal sentido, se tiene que el ordenamiento contempla los parámetros, requisitos y condiciones necesarias para obtener la pensión de sobrevivientes al momento del fallecimiento de un afiliado al sistema, estableciendo que tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando estuviera cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, situación que evidentemente aquí no ocurre, pues de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por Colpensiones y actualizado al 11 de junio de 2019, se observa que la última cotización realizada por el señor Rafael Ernesto Riveros Vázquez fue el 1 de abril de 1989, completando entonces un total de 332,43 semanas, de ahí que, se concluye, que no cumplió con las 50 semanas mínimas establecidas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al deceso.

Además, al no ser cotizante activo según el literal B del artículo 46 en original de la Ley 100 de 1993, tampoco alcanzó a completar 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento de su muerte, como para haberle aplicado el principio constitucional de la condición más beneficiosa de que trata el inciso final del artículo 53 de la Constitución Política, teniendo en cuenta las reglas básicas jurisprudenciales, límites temporales establecidos, con la advertencia de que no sería viable estudiar el derecho bajo los lineamientos del acuerdo 049 de 1990 pues no se puede darle a efectos prácticos de la citada norma y mucho menos hacer un recuento histórico de las leyes anteriores que rigen la situación para determinar cuál es la norma más favorable o la que sea justa a las condiciones particulares del causante, como lo ha señalado la Sala de casación laboral, por lo que en efecto con esta juzgadora que no es viable reconocer la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, aun cuando esta prestación no fue reclamada en juicio.

No obstante, es necesario verificar inicialmente que quien indique su potencial calidad de beneficiario de una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes tiene evidentemente que verificarse que la prestación de sobrevivientes no haya sido causada. De ahí que, en efecto, lo procedente en este caso evidentemente sería el otorgamiento de una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes para quien acredite la calidad de beneficiario en los términos anteriormente expuestos,

precisando lo anterior, la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3992 de 2018; explicó que, según la normativa en cita, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los compañeros o compañeras permanentes como de los cónyuges es aquella comunidad de vida forjada por el vínculo del amor, responsable de la ayuda mutua, afecto entrañable, apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable a la par de una convivencia real, efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado y así se estableció en sentencias e de radicación; ahora bien, es importante resaltar que aquí no está en discusión el vínculo entre la demandante del fallecido, pues conforme el Registro Civil de matrimonio número 2889573 se evidencia que, en efecto, contrajeron matrimonio el 27 de mayo de 2005, es decir, aproximadamente 3 años antes del fallecimiento del señor Rafael, es por ello que, de conformidad con los hechos, sustento de la demanda y conforme las manifestaciones esgrimidas por las partes, resulta necesario verificar si con anterioridad a dicho matrimonio los mismos venían conviviendo, obra entonces para este aspecto, las pruebas documentales, el Registro Civil de matrimonio celebrada entonces el 27 de mayo de 2005 entre Rafael Ernesto Vázquez Rivero y Rita Cecilia Guevara Chávez, el cual no cuenta con una nota marginal de divorcio, obra también un informe técnico de investigación realizado por la entidad demandada por la empresa consciente RRM obra también unas declaraciones extra, juicio rendidas por Luis Carlos Luna, Israel Torres Sandoval, Óscar Armando Medina Herrera, Ely de Jesús Herrera Medina y Cecilia del Pilar Rincón Guevara, dos de estas personas procedieron a ratificar su declaración con base en lo solicitado por la parte demandada en este estado entonces, para acreditar la convivencia mínima requerida además de las dos últimas pruebas documentales referidos, se recibieron entonces repito el proceso, las declaraciones de la demandante y de los testigos, Luis Carlos Luna y Cecilia del Pilar rincón, de las cuales, hay que resaltar lo siguiente:

Rita Cecilia Guevara Chávez indicó que en el apartamento donde vivía con el causante, estaba pendiente una sucesión, teniendo en cuenta que el causante era viudo, por tanto, no era completamente de él, señaló que no habían adquirido ningún bien, que los bienes los tenía el señor Rafael con su anterior matrimonio, que luego de su unión, compartían un poco con su familia, principalmente con las hermanas del causante, indicó que el causante murió de un paro cardíaco, que estuvo hospitalizado por un fuerte dolor, pero en ese momento estaba pendiente de los resultados de un diagnóstico, que resultó ser un cáncer de hígado que le había hecho metástasis, indicó que había estado con él con viviendo hasta el final y que lo había atendido en los momentos en los que lo aquejó su salud, señaló que las honras fúnebres habían sido en la capilla de Cedritos que los gastos fúnebres habían sido asumidos por ella, que vivió con el causante formalmente desde marzo de 2003, luego de celebrar el día de la Mujer, pues el causante le había pedido que vivieran juntos y hasta la fecha de su fallecimiento, indicó que había conocido a Rafael hacía muchísimos años, teniendo en cuenta que él era el abogado de su primer esposo, con quien tuvo 4 hijos, ese esposo indicó que es piloto y que por esa razón el señor Rafael le llevaba unos negocios, por tanto eran amigos entrañables y que ambos estaban casados, pero después la señora la esposa del señor Rafael falleció y el esposo de la demandante se fue con otra mujer y que se separó aproximadamente 30 años de él, luego de haber sido efectuada esta separación, pasaron aproximadamente unos 15 años, cuando se volvió a encontrar con Rafael, encuentro que fue casualidad, que se encontraban en el consultorio odontológico de una de sus hijas, por tanto allí empezaron una relación de pareja por, iniciaron como novios, por lo menos durante unos dos meses, indicó que habían vivido entonces bajo el mismo techo luego de ese es de esos dos meses que pasaron como novios y que vivieron de manera ininterrumpida, no tuvo hijos con su con el señor Rafael y mucho menos el señor Rafael tuvo hijos con su anterior matrimonio, ni otros hijos que hubiese reconocido, esgrimió que el señor Rafael era quién sufraga todos los gastos del hogar a pesar de que la señora contribuía con algunas cosas en su casa, teniendo en cuenta que tenía un consultorio estético en muy cerca de donde ellos vivían en el apartamento de Chico Navarra; no obstante, el señor Rafael era quien se

encargaba absolutamente de todo, señaló que el señor Rafael tenía su servicio médico de manera independiente y ella también tenía a su servicio independiente; señaló que estuvo hospitalizado el señor Rafael en el Hospital San José, y solo duró más o menos como dos semanas, o menos de un mes antes de fallecer en el hospital.

Por otra parte, el señor Luis Carlos Luna, a pesar de que tal y como lo dijo el apoderado de la parte demandada en sus alegatos, fue prácticamente un testigo de oídas, teniendo en cuenta que fue el Pastor de la Iglesia en la cual asistía tanto la señora Rita como el causante e incluso que conocía a la demás familia de la señora Rita, como por ejemplo la hija Cecilia del Pilar, quien también rindió su declaración, de la cual más adelante haremos referencia a pesar de que el señor, en efecto, no le constó de manera directa una convivencia entre la pareja de conformada por la señora Rita y el señor Rafael, lo que sí indicó era que, por lo menos en conocí a Rafael más o menos desde el año 2003, cuando Rita se lo presentó y lo llevó a la iglesia donde se congregaba y que por esa razón tuvo conocimiento de que el señor Rafael era abogado y que además de él fue quien presidió la ceremonia cristiana bajo el rito de matrimonio entre las partes del señor Rafael y la señora Rita, luego de que ellos se hubieran casado, a pesar de que no fue un poco preciso con lo relacionado con la fecha en la cual la pareja se casó, sí indicó que como Pastor de la Iglesia en la cual se congregaban la señora Rita y el señor Rafael, tiene conocimiento directo del Registro Civil de matrimonio llevado ante notaría por esta pareja, pues precisamente fue quien presidió, junto con el señor Israel que también en su momento, según sus dichos, fue también quien le colaboro en presidir la ceremonia bajo el rito Cristiano y por esa razón, entonces le consta que por lo menos cada 8 días, el señor Rafael y la señora Rita comparecían a la Iglesia para poder congregarse, se comportaban no solo desde el momento en que se casaron por el rito civil, sino desde antes de que se casarían, pues tenía conocimiento de que ellos ya vivían juntos, y repito, esto indicó que había sido desde el año 2003 en el que siempre mostraron una relación cordial entre la pareja, una muy buena relación como pareja ante la sociedad y a pesar de que nunca lo visitó el hogar, por lo menos sí le consta que en su Iglesia comparecían en calidad de esposos y ello ocurre desde el año 2003.

La señora Cecilia del Pilar Rincón quien es la hija de la demandante, indicó de manera clara que conoció al señor Rafael precisamente porque había sido el abogado de su papá y que luego de que sus padres se separaron, él tuvo momentos muy importantes en sus vidas, pues fue quien le colaboro no solo de manera judicial a la señora Rita, sino también de manera sentimental con todo el proceso de duelo por el que tuvo que haber pasado al momento de haberse separado con su padre, ella indicó que se había ido a Barrancabermeja por cuestiones de trabajo y sin embargo, al momento de quedarse sin trabajo para principios del año 2003 decidió regresarse para Bogotá; en esa época, la testigo no contaba con hijos y tampoco contaba con una pareja estable y por esa razón le pidió a su madre que se fueran a vivir juntas nuevamente; sin embargo, en ese momento fue cuando su señora Madre, le comunicó que ella ya no estaba en el lugar donde habían vivido siempre con su padre, sino que se había ido a vivir entonces con el señor Rafael, respecto de quien siempre sus hermanos, le indicaron que habían tenido conocimiento de la relación de pareja que llevaban como novios inicialmente y luego como esposos con el señor Rafael y por tanto ellos avalaron dicha relación, teniendo en cuenta que el señor Rafael había sido en una persona que la apoyó sentimentalmente, la trató de una manera cordial y caballerosa a su madre, indicó que el señor Rafael al haber vivido con su señora madre a inicios de 2003 se fueron a vivir al apartamento en Chicó Narrara luego de haberse regresado de la ciudad de Barrancabermeja, entonces por esa razón es que le consta la convivencia que existe entre su señora madre y Rafael, hasta el momento en que el falleció, a pesar de que ella indicó que había un año que antes de un año del fallecimiento del señor ya se había ido de ese apartamento porque quería llevar una vida de pareja con el que la persona que hoy en día es el padre de su hijo, quien nació con posterioridad al fallecimiento del señor Rafael y por esa razón, entonces, ya en ese momento fue cuando se separó de su señora madre y dejó de vivir con ellos; luego se enteró de que el señor había estado un poco enfermo y que se trataba más o menos de un cáncer de un hígado

que estaba luego hospitalizado en el hospital de San José durante varios días; indicó que era el señor Rafael era quien se encargaba absolutamente todos los gastos de la casa, incluso cuando ella vivía con su madre y el señor Rafael; dado que el señor siempre fue muy caballeroso y no dejaba que la señora Rita aportara económicamente en su hogar, a pesar de que ella tenía su consultorio de estética, que su madre asumió y otros familiares asumieron los gastos del funeral.

Analizado en conjunto de las pruebas halladas en juicio, de acuerdo con las reglas de la crítica, y a pesar de las conclusiones a las que llegó por parte de la entidad demandada en el informe de investigación, allegado en el expediente administrativo si se logra establecer tal convivencia por el periodo mínimo requerido, pues se tiene que decir que las declaraciones fueron coherentes entre sí, establecieron la esencia de su dicho, al tenor de lo dispuesto en el artículo 123 del CGP, dejando en evidencia que las versiones son congruentes por lo que en efecto, logrando establecer con cierto grado de certeza que convivieron la señora Rita y el señor Rafael, un mínimo de 5 años, con anterioridad al fallecimiento del señor Vásquez, lo que además se encuentra en consonancia con las declaraciones extrajuicio allegadas al plenario, que indicaron que dicha pareja convivió con anterioridad a su matrimonio desde principios del año 2003 hasta la fecha del fallecimiento del causante; por tanto, considera este despacho con las pruebas allegadas al proceso la demandante corrió con la carga probatoria establecida en los artículos 164 167 del CGP para acreditar el cumplimiento de los requisitos en previstos en la normativa y jurisprudencia aplicable para ser considerada como beneficiario de la indemnización sustitutiva con ocasión de la muerte de su cónyuge, toda vez que el vínculo matrimonial se encontraba vigente para la fecha en la que falleció Rafael Ernesto, con lo que los deberes de la pareja subsisten, pero además estableció que tales deberes efectivamente persistieron hasta la muerte y que la convivencia se mantuvo, repito, por un poco más de los 5 años mínimos exigidos; por ello, resulta evidente el derecho que le asiste a la parte actora respecto del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, conforme a las consideraciones antes expuestas, razón por la cual se condena a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, repito, debidamente indexada, la cual luego de haber realizado la respectiva liquidación de conformidad con lo establecido en los artículos 37 y 49 de la Ley 100 de 1993 y la forma establecida en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, asciende a la suma de \$3.499.297,65.

Finalmente, y aunque no fue pretendido por la parte actora, conviene precisar que en aras de emitir un fallo ajustado en derecho y de conformidad con las facultades ultra y extra petita establecidas en el artículo 50 del CPTSS, procede el reconocimiento de esta suma indicada de manera indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial la fecha de la presente sentencia, dado que los salarios reportados por el causante fueron debidamente actualizados, de forma anual con base en la variación anual del IPC del año 2021, según cifras del Dane, ello por cuanto la demandante no tiene por qué sufrir los embates económicos de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda al momento en que se reciba en su haber dicha suma; en relación con las excepciones, dadas las resultas del proceso, se declararán no probadas las propuestas por la demanda, particularmente la de prescripción, teniendo en cuenta que la acción no está afectada por dicho fenómeno; la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes como lo ha indicado la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, por tener esta prestación raigambre constitucional; no obstante, precisa esta juzgadora que solicitud de la demandante la elevó el 27 de junio de 2019 y mediante resolución SUB 166345 expedida en la misma fecha, se negó la prestación por no haber acreditado administrativamente la demandante su calidad de beneficiaria de la misma, sin que hubiera transcurrido el tiempo establecido en el artículo 151 del CPTSS al interponer la demanda el 3 de diciembre del año 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, recurrió señalando:

De conformidad con lo resuelto por su despacho, avisoro una corta o deficiente valoración probatoria respecto de los testimonios rendidos en este estrado judicial y respecto de la declaración de parte realizada por parte de la demandante, específicamente en los siguientes puntos:

Respecto de la declaración de parte rendida por la señora Demandante, Rita Cecilia Guevara omitió un punto que a mi juicio considero que es importante y es la convivencia en conjunto con su hija Cecilia del Pilar Rincón, el despacho tuvo conocimiento de esta convivencia hasta el momento en que la señora Cecilia efectuó su testimonio, lo cual fue con posterioridad a la declaratoria de parte de la señora Rita Cecilia Guevara como segundo punto específico, respecto del testigo Luis Carlos Luna Inició su testimonio, mencionando como fecha del matrimonio civil de la de la señora Rita Cecilia y el señor Rafael, como indicando que fue en el año 2003, lo cual falta a la verdad respecto del de la prueba obrante en el expediente, que fue en el 2005, adicionalmente la señora Rita Cecilia Guevara, menciona una fecha específica respecto del inicio de la convivencia, bueno, eso es lo que lo que la valoración probatoria se deberá llevar a cabo en segunda instancia fue una convivencia, o sencillamente fue una relación de noviazgo, ella indica una fecha tentativa de que ella recuerda respecto del inicio de su relación, que fue el día de la Mujer y comercialmente se ha entendido que el día de la Mujer es el 8 de marzo y la fecha no concordaría, creo que por 2 días, si no estoy mal respecto del fallecimiento del causante, que fue un día 6 de marzo; en este punto, el inicio de la convivencia efectiva se encuentra en discusión, casi que por un término entre 2 días y dos meses probatoriamente se deben valorar las pruebas fehacientes respecto de este comienzo de la convivencia efectiva porque puede que se presente una relación de noviazgo más de una relación de convivencia como lo exige la norma y la jurisprudencia.

En este punto, la de las contradicciones que evidencian en los testimonios como la declaración de parte, hace que no cobren fuerza dichas declaraciones y testimonios respecto de la fecha inicial en la que se dio la convivencia máxime si se tiene en cuenta que la única prueba fehaciente necesaria, pertinente, conducente, útil acerca del inicio de la convivencia es el 2005, fecha en la que se realizó el matrimonio civil por parte de la demandante y el causante, fecha que concuerda con las con los actos administrativos que reposan en las resoluciones citadas en mis alegatos de conclusión y sobre la cual la entidad que represento no tiene duda alguna que se presentó; sin embargo, considero que la valoración probatoria respecto del inicio de la relación de convivencia debió ser un poco más profunda y debió darle más relevancia a las contradicciones que se presentaron en los testimonios en la declaración de parte para dejar de un lado la prueba testimonial o no darle suficiente valoración probatoria suficiente para llegar a la declaración de parte de las los testimonios para dar una tarifa legal superior a la escritura pública que se celebró en el en el matrimonio civil de la causante y el señor Rafael Ernesto Riveros.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado y el grado de consulta a favor de Colpensiones, sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor **Rafael Ernesto Riveros**, que tuvo lugar el 6 de marzo del 2008 como da cuenta el registro civil de defunción aportado en expediente digital, como tampoco que a dicha data, acreditaba haber cotizado la densidad de

semanas exigida para que sus beneficiarios puedan tener derecho a la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente, como se observa de actos administrativos mediante los cuales la demandada negó tal prestación a la demandante bajo el argumento de no acreditación de convivencia requerida; de igual manera, no hubo reparo frente a la unión matrimonial de la demandante y el causante el 27 de mayo de 2005.

Al respecto, el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, prevé el reconocimiento de indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente, normatividad que indica:

ARTÍCULO 49. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.*

Conforme lo anterior, a efectos de determinar si la actora es beneficiaria de la prestación que reclama como consecuencia el fallecimiento de su ex esposo, bien sabido es que, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, disposición que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia del cónyuge o compañero permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante.

Una vez revisado el material probatorio recaudado, considera esta Sala que contrario a lo señalado por la demandada en recurso, se logra probar la convivencia exigida en los 5 años anteriores al fallecimiento del señor Rafael Riveros; lo anterior, por cuanto si bien la actora no dio cuenta de la convivencia con su hija en el mismo inmueble que habitó con el señor Rafael, ello no constituye contradicción alguna en su dicho o que esté faltando a la verdad, lo anterior por cuanto dicha situación se torna irrelevante cuando lo que interesa al proceso es la demostración de la convivencia entre la demandante y el señor Rafael, aunado a ello, la testigo Cecilia al rendir testimonio corroboró que mientras habitó el mismo inmueble con su madre y el señor Rafael, siempre los vio conviviendo como pareja.

Ahora en cuanto al extremo inicial de la convivencia esta sala también la encuentra probada con las testimoniales vertidas en el trámite procesal y las extraproceso que se aportaran, las cuales igualmente tienen el carácter

de testimonial como lo ha reiterado en diversas ocasiones la Sala Laboral de la CSJ, entre otras en sentencia SL327 de 2023; lo anterior por cuanto las testimoniales vertidas por los señores Luis Carlos Luna y Cecilia del Pilar, contrario a lo indicado por la recurrente también en alegaciones, dan cuenta del inicio de dicha convivencia a inicios del año 2003, en igual sentido, las declaraciones extraproceto, que no ofrecieron reparo alguno, vertidas por los señores Óscar Medina e Israel Torres y los testigos en mención que corroboraron su dicho en sede judicial, son contestes en afirmar que la convivencia objeto de estudio que tuvo lugar entre la señora Rita y el señor Rafael, inició antes del **2 marzo de 2003**.

Lo anterior se acompasa con el mismo dicho de la demandante quien indicó que dicha convivencia inició en enero de 2003 y si bien hizo referencia al 8 de marzo de dicha anualidad, lo fue para dar cuenta de una celebración del día de la mujer junto con su esposo.

Así las cosas, contrario a lo señalado por la demandada en recurso y alegaciones, las pruebas vertidas en el trámite procesal, dan cuenta que se logra controvertir el contenido de la investigación a que alude Colpensiones, que otra es la realidad que consigna la misma, pues se itera, se acredita que la demandante, sí convivía con el causante primero en calidad de compañera permanente de este último y luego como su cónyuge a partir del 27 de mayo de 2005, por un interregno temporal exigido en la norma en cita.

Es así como se determinada la procedencia del reconocimiento a la indemnización bajo estudio, la que conforme liquidación efectuada por el Grupo Liquidador asignado para el efecto por esta Corporación, actualizada al 6 de junio de 2022, asciende a la suma objeto de condena, al encontrar procedente la indexación de esta condena con el fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda; razón por la cual, no será objeto de modificación.

Prescripción

Como bien lo refirió la decisión de instancia, la prestación reclamada resulta imprescriptible como igualmente lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL 3659 de 2020.

Por lo anterior, se **confirmará** la sentencia proferida en primera instancia en su integridad.

Sin costas en esta instancia.

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

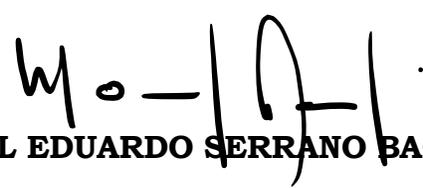
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2021-186-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LINA MARÍA POSADA, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora MARGARITA MARÍA FERREIRA, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colfondos, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de octubre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las Colpensiones, Porvenir S.A. y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

ANTECEDENTES

El señor HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado del RPM al RAIS, realizada en el mes de marzo de 1997, a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que se declare que la afiliación legalmente válida fue la efectuada al ISS el 13 de abril de 1989, y que Porvenir S.A., debe realizar el traslado inmediato de los dineros y sus rendimientos depositados en la cuenta individual al RPM administrado por Colpensiones. Como consecuencia de tales declaraciones petitiona se ordene a Colpensiones disponer el regreso automático como afiliado al RPM, que se condene a Porvenir S.A., a trasladar los dineros y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, sin que le sea posible descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro. Por último, solicita se condene al pago de las costas y agencias en derecho y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 3 de enero de 1957, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad, que realizó cotizaciones al ISS desde el período comprendido entre el 13 de abril de 1989 y el 1 de marzo de 1997, para los riesgos de IVM, cotizando 202 semanas, que en desarrollo de su trabajo Líneas Aéreas Suramericanas, específicamente en el mes de febrero de 1997, se le hizo entrega del formulario de afiliación al Fondo de Pensiones Porvenir, que se afilió al RAIS por intermedio Porvenir S.A., conforme el formulario entregado por su empleador, suscrito en el mes de febrero de 1997, haciéndose efectiva su afiliación el 1 de marzo de 1997, que la AFP Porvenir S.A., y el entonces ISS hoy Colpensiones omitieron suministrar información veraz y suficiente en el sentido de manifestar de manera clara y expresa la pérdida de los beneficios propios del régimen de transición que inevitablemente traería al afiliado su traslado al RAIS, pues estaba cotizando al Seguro Social desde el inicio de su vida laboral.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

Indica que lo indujeron en error, como quiera que se podría pensionar a cualquier edad y con una mejor mesada que la que le podría ofrecer el ISS, que la AFP Porvenir S.A., faltó al deber legal de suministrar información oportuna y veraz al momento de realizar la afiliación, que no existe solución de continuidad en la afiliación al RPM, durante el tiempo de cotización que permaneció afiliado a la AFP Porvenir S.A., conservando las condiciones pensionales previstas en el régimen de transición, que ha cotizado durante toda su historia laboral al Sistema General de Pensiones más de 1.251 semanas cotizadas, que existe un claro detrimento económico en su mesada pensional de quedarse en el RAIS, afectando su mínimo vital, que la omisión del fondo privado y del ISS hoy Colpensiones de informar y asesorar indebidamente sobre unos beneficios que no son ciertos ni reales, que su traslado, no fue una decisión libre, voluntaria ni espontánea, que elevó reclamación administrativa ante Colpensiones para que se le declarara la nulidad del traslado al RAIS, ante la omisión de brindarle información acerca de los beneficios que perdería al trasladarse a dicho régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos negó los No. 4 a 9, 11 y 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los No. 1, 2, 3 parcialmente y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el 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 e innominada o genérica.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

Colfondos S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del demandante **HECTOR HERNAN GONZALEZ RAVELO** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** y por ende a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de octubre de 2001 al 30 de junio de 2004, con motivo de la afiliación del demandante **HECTOR HERNAN GONZALEZ RAVELO**, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP **PORVENIR** con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el 01 de octubre de 2001.

TERCERO: CONDENAR a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **HECTOR HERNAN GONZALEZ RAVELO**, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

PARÁGRAFO: *Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP COLFONDOS con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante.*

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir al señor **HECTOR HERNAN GONZALEZ RAVELO** en el régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

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

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que en tratándose de la afiliación al sistema pensional, los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian tal y como se indica en el literal e) art. 13 de la Ley 100 de 1993, pero esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social; a su vez el artículo 1604 del Código Civil, consagra que la prueba de la diligencia o el cuidado en la celebración de los contratos incumbe a quien ha debido emplearlo, por tanto el deber de información estaba a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional.

Señaló de las pruebas aportadas al plenario y de acuerdo con los arts. 60 y 61 del CPTSS, se observan documentales que informan del traslado de la parte demandante del RPM al RAIS, que el demandante estuvo afiliado al ISS entre el 13 de abril de 1989 al 28 de febrero de 1995, se traslada a Porvenir con efectividad 1 de marzo de 1997, traslado de régimen, allí efectúa cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 2001, cuando se traslada entre administradoras hacia la AFP Colfondos, con efectividad 1 de octubre de 2001, efectuando cotizaciones en dicho fondo hasta el 30 de junio de 2004, cuando decide retornar a Porvenir, con efectividad 1 de julio de 2004, efectuando cotizaciones a la fecha.

Que en cuanto al deber de información, la Corte Suprema de Justicia ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es un deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior, sentencia fundacional que data del año 2008,



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

radicado 31989; en mismo sentido destacó las SL 1452 de 2019, SL 2177 de 2022, entre otras.

Que del estudio de estas sentencias se podía extraer que las administradoras de fondos de pensiones deben brindar al afiliado una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las características, condiciones, beneficios, diferencias, consecuencias de ese cambio de régimen pensional; que en estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado y por último, que es procedente declarar la ineficacia de un traslado estando o no frente al beneficio de la transición o estando o no próximo a pensionarse.

Que las administradoras de fondos de pensiones demandadas para efectos de suscitar el traslado inicial del RPM al RAIS de la parte demandante, no allegaron elemento probatorio suficiente con el propósito de acreditar que le suministró a la parte actora la información necesaria y relevante que llevó consigo la migración del régimen pensional, le correspondía a la AFP demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones que llevaba ese cambio de régimen, del interrogatorio de parte, no se estableció confesión en contra del demandante donde se pudiese verificar que recibió información en los parámetros ya señalados, concluyéndose que, el fondo privado no se ocupó de brindarle asesoría e información directa al demandante de manera idónea, en lo atinente en lo que para él traería como consecuencia el traslado del RPM al RAIS.

Teniendo en cuenta lo anterior, accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la ineficacia del traslado que el demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por la AFP Porvenir S.A., como consecuencia lógica, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, los traslados horizontales, el realizado hacia Colfondos y el retorno hacia Porvenir también siguen la misma regla de la ineficacia y, por tanto, todos surtirán el mismo efecto. En ese sentido, a Porvenir se le impuso la obligación de la devolución de todos los dineros de todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la parte demandante a dicho fondo durante las dos afiliaciones que tuvo el demandante en este junto con los gastos de administración pagados y cancelados a este fondo de pensiones sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

consecuencias de la ineficacia que se está declarando. Igualmente, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia donde se establece claramente la devolución integral de todos los recursos así sea con recursos propios, lo anterior para no violentar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, a esta autorizó un único descuento que serían los dineros trasladados hacia Colfondos con ocasión a la solicitud realizada por el demandante.

que Colfondos al ser otra entidad donde estuvo afiliado el demandante, entre el 1 de octubre de 2001, al 30 de junio de 2004, a este fondo, le correspondía devolver de los dineros que jamás debió haber recibido, razón por la cual se ordenó dicha devolución junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia que se está declarando.

Respecto a la prescripción, señaló que la acción que perseguía la ineficacia, resultaba imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** manifestó que, no se evidenciaban vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para el demandante como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez; que el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, y por lo que no le son aplicables las sentencias SU de la Corte Constitucional para proceder en cualquier momento.

Indicó que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en el RAIS pueda resultar superior al que ha de recibir en el RPM no constituye prueba de que cuando el demandante realizó el traslado lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte de los fondos, siendo así que en el presente caso no se logra probar una información equivocada o falaz por parte de las AFP, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado del demandante los fondos sólo tenían la obligación de brindar la información sobre las condiciones a la hora del



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

traslado; por lo tanto, no había lugar a la ineficacia decretada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte del demandante y se evidencia que el mismo decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años sin inconformidad alguna.

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió solicitando la revocatoria parcial en lo que refiere a las sumas a indexar y los gastos de administración, en principio se tiene que frente a la declaratoria de ineficacia los valores a retornar serían los consistentes en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, específicamente, determina que los gastos de administración concurren tanto en el RAIS como en el RPM, bajo esta circunstancia si el demandante hubiese estado vinculado dentro del RPM se hubiesen causado dichos gastos de administración, empero quienes realizaron la administración de los aportes fue Porvenir y otro fondo, que tal y como fue mencionado el demandante ha recibido de parte de Porvenir como rendimientos más de \$142.000.000 y sólo por aportes del demandante ha realizado una suma de alrededor o mayor a \$96.000.000, bajo esta circunstancia es preciso señalar que los gastos de administración son obligaciones de tracto sucesivo que son imposibles para generar por devolución; además de ello, no puede predicarse la imprescriptibilidad de los gastos, tanto que estos no van a financiar y su naturaleza no es la de financiación de una mesada pensional.

Expone que se genera un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, en la medida que se van a retornar sumas que no ha administrado y unos valores adicionales por gastos de administración y teniendo en cuenta que no han administrado estos valores no habría razón para que se adelante esa devolución de los gastos de administración, también se está generando una doble condena para Porvenir en lo que respecta a la indexación, pues se denota que la parte actora se encuentra vinculada con Porvenir, es decir, todos los valores se encuentran actualizados, la indexación determina la actualización monetaria de cualquier devaluación monetaria que se haya podido presentar, los rendimientos del demandante superan con creces cualquier devaluación; se está condenando a Porvenir a retornar unas sumas y de manera indexada a pesar de que los rendimientos superan con creces cualquier circunstancia de devaluación y, en esta medida, también se estaría



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

condenando toda vez que las sumas del demandante se encuentran debidamente actualizadas a la fecha.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con efectividad a partir del 1 de marzo de 1997, como se verifica con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, remitida por la AFP Porvenir, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que efectuara el demandante hacia Colfondos S.A., con efectividad 1 de octubre de 2001, retornando a Porvenir, con efectividad el 1 de julio de 2004, efectuando cotizaciones a la fecha en dicho fondo, de acuerdo con la consulta del SIAFP, allegada por la AFP Porvenir.

Sobre el particular, si bien se petitionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en su recurso y por Porvenir en alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Héctor Hernán González Ravelo, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Colpensiones y por Porvenir S.A. en alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP en mención, probar el suministro de dicha información al demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este, como erradamente lo indica Porvenir en alegaciones, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales del demandante, pero nada dice acerca de la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló, alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

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

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la AFP Porvenir S.A., ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; igual suerte corre la condena por concepto de indexación, pues del criterio jurisprudencial transcrito, se determina que los conceptos objeto de condena, deben ser trasladados junto con corrección monetaria.

Respecto a la permanencia del actor en el RAIS y los traslados horizontales dentro de este, se tiene que contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

De otra parte y si bien el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Ahora, el hecho de que el demandante al momento de su traslado, no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones para que esta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 23202100186-01 Dte.: HÉCTOR HERNÁN GONZÁLEZ RAVELO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2022-109-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA PATRICIA RIVERA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARTHA PATRICIA RIVERA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Protección S.A., con el fin de que se DECLARE la ineficacia de traslado de régimen pensional que realizara al RAIS por intermedio de Protección S.A., que pertenece al RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a esta AFP la totalidad de recursos depositados a su nombre a Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202200109-01 Dte: MARTHA PATRICIA RIVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 3 de diciembre de 1964, contando con 56 años de edad, que estuvo afiliada al RPM por intermedio de Colpensiones y la Caja de Previsión Municipal de Honda – Tolima, que siempre ha cotizado para los riesgos de IVM sobre un salario superior al mínimo vital, que cuenta con 1700 semanas de cotización al sistema pensional y se trasladó en 1999 a Protección S.A., que dicho traslado se torna ineficaz por cuenta de que para este, no medio su consentimiento informado, Protección no le otorgó una asesoría clara, completa, profesional, expresa y suficiente al momento de realizar el traslado, no se le puso de presente proyección pensional comparativa, no se le informó respecto de los riesgos que le podía traer dicha decisión de traslado, contrario a ello, fue presionada para tomar dicha decisión al indicarle que el ISS se iba a acabar y perdería los aportes efectuados en este.

Refiere que existen diferencias abismales entre la mesada pensional que le correspondería en el RAIS y la del RPM, que cumple con los requisitos previstos en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, que solicitó a Colpensiones el retorno a dicho régimen, lo que le fue negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los referentes al traslado al RAIS, la edad de la demandante y la reclamación para retornar al RPM y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202200109-01 Dte: MARTHA PATRICIA RIVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 3 a 5, manifestó no constarle los No. 12 y 16. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante MARTHA PATRICIA RIVERA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir a la señora Martha Patricia Rivera en el RPM como si nunca se hubiera trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral. (...)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202200109-01 Dte: MARTHA PATRICIA RIVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que en tratándose de la afiliación al sistema pensional, los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian tal y como se indica en el literal e) art. 13 de la Ley 100 de 1993; a su vez el artículo 1604 del Código Civil, consagra que la prueba de la diligencia o el cuidado en la celebración de los contratos incumbe a quien ha debido emplearlo, por tanto el deber de información estaba a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional.

Señaló de las pruebas aportadas al plenario y de acuerdo con los arts. 60 y 61 del CPTSS, se observan documentales que informan del traslado de la parte demandante del RPM al RAIS, documentales referentes a la afiliación al RPM, certificación SIAPF, formulario de afiliación al RAIS del 22 de marzo de 1994; de las que se podía establecer claramente que la demandante se encontraba afiliada al RPM hasta el 31 de marzo de 1999, cuando decide trasladarse al RAIS a partir del 1 de abril de esa anualidad, efectuando cotizaciones en esta AFP hasta la fecha.

Que la actora permanecía en el Régimen de Ahorro Individual del cual pretende retornar al RPM aduciendo que no se le brindó la información necesaria sobre las reales implicaciones de este cambio de régimen. En relación con la necesidad de que se brinde una información suficiente y necesaria al afiliado que pretende trasladarse de régimen, la Corte Suprema de Justicia ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es un deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras, la sentencia fundacional es la 31989 de 2008; y posteriormente, se han proferido múltiples sentencias en esa Alta Corporación como la SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, la de Radicado 90757 del 24 de mayo de 2022, entre otras.

Que del estudio de estas sentencias se podía extraer que las administradoras de fondos de pensiones deben brindar al afiliado una información cierta,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202200109-01 Dte: MARTHA PATRICIA RIVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

comprensible, oportuna respecto de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos, consecuencias de este cambio de régimen pensional; que opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado y lo anterior y que es posible declarar la ineficacia de un traslado estando o no frente al beneficio de la transición o estando o no próximo a pensionarse, que en el presente asunto no se estaba frente al beneficio de la transición pero es posible discutir la validez del traslado con ocasión a la falta de información que aduce la demandante no se le brindó al momento mismo de la información, concluyendo el Juzgador de primer grado que desde la Ley 100 de 1993, existe la obligación de brindar una información clara, cierta, comprensible con el fin de que el afiliado hubiese podido comparar la información y haberla adecuado de la mejor manera a su situación personal.

Así las cosas, la administradora de fondos de pensiones demandada para efectos de suscitar el traslado inicial del ISS al RAIS de la parte demandante, no allegó elemento probatorio suficiente con el propósito de acreditar que le suministró la información necesaria y relevante que llevó consigo la migración del régimen pensional, le correspondía a la AFP demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones que llevaba ese cambio de régimen y ello no se cumplió, pues nada se demostró al efecto para el momento de su traslado, esto es, año 1999. En lo que tiene que ver con el interrogatorio de parte no se estableció confesión en contra de la demandante donde se pudiese verificar que recibió información en los parámetros ya señalados, mucho menos que se hubiese recibido una información de los dos regímenes pensionales para haber podido comparar la información y haberla adecuado a su situación pensional. Así las cosas, el fondo de pensiones privado no se ocupó de brindarle asesoría e información directa a la demandante de manera idónea, en lo atinente en lo que para ella traería como consecuencia el traslado del RPM al RAIS.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la ineficacia del traslado que el demandante efectuó del RPM al RAIS administrado por Protección, AFP que debía devolver todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la parte



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202200109-01 Dte: MARTHA PATRICIA RIVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que se está declarando, siguiendo línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 2177 de 2022, donde se establece claramente que se debe devolver absolutamente todos los dineros así sea con recursos propios, lo anterior para no violentar el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Respecto a las excepciones, se planteó la de prescripción; respecto de la cual, señaló que la acción correspondió al reconocimiento de un estado jurídico como lo era la ineficacia, por tanto, era totalmente imprescriptible, como se había señalado en sentencia SL 1688 de 2019.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA PATRICIA RIVERA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la entonces Colmena AFP hoy Protección S.A., el 22 de febrero de 1999, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la AFP en mención junto con contestación.

Sobre el particular, habiendo sido declarada la ineficacia del acto de traslado, dicha figura ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202200109-01 Dte: MARTHA PATRICIA RIVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en sus alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Martha Rivera, se le hubiera brindado la información en los términos antes señalados, siendo claro en esta oportunidad que no se le pusieron de presente todas las consecuencias del traslado a la demandante, lo que lleva a concluir que Protección S.A., fondo al que se trasladó la actora



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202200109-01 Dte: MARTHA PATRICIA RIVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; de lo que se concluye que dicho traslado **no** fue libre y voluntario.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202200109-01 Dte: MARTHA PATRICIA RIVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que correspondía probar el suministro de dicha información a la señora Martha Rivera, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación al RPM, lo que en efecto no ocurrió para el caso bajo estudio.

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

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

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202200109-01 Dte: MARTHA PATRICIA RIVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2018-180-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LUISA FERNANDA RODRÍGUEZ, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A., y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 2 de febrero de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandada Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

El señor JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Porvenir S.A. y Colpensiones con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado realizada del RPM al RAIS, el 1 de octubre de 1999, que se ordene a Porvenir S.A.,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

trasladar a Colpensiones, la totalidad del dinero que se encuentre en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales a favor del actor, que se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen y a recibir sin solución de continuidad al demandante en dicha administradora. Por último, solicita se condene en costas a las demandadas y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 14 de julio de 1952, que al 1 de abril de 1994, contaba con edad superior a los 40 años, siendo beneficiario del régimen de transición, que se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS hoy Colpensiones el 16 de julio de 1979, el 1 de octubre de 1999, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que la aparente decisión libre y voluntaria para el traslado de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP que la recibió, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad en dicho acto, que el traslado que realizó el 1 de octubre de 1999, del RPM al RAIS mediante afiliación a Porvenir S.A., se destacó por la indebida y nula información que suministró el fondo privado, evidenciándose el engaño en el que incurrió dicha administradora.

Indica que previo a su traslado inicial, cotizó al ISS un total de 363 semanas, que a la fecha ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos regímenes más de 1.098 semanas, que Porvenir S.A., no le informó antes del 14 de julio de 2004, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, que el 19 de febrero de 2018, solicitó a Porvenir S.A., el traslado de régimen hacía Colpensiones, que elevó derecho de petición a Colpensiones, el 5 de marzo de 2018, solicitando el traslado de régimen de Porvenir a Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el contenido de los No. 1, 2 y 10, manifestó no constarle los No. 3, 7 y 11 y negó los demás. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 2 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR. Fijándose como agencias en derecho la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando, en primer lugar que, de tiempo atrás se venía sosteniendo que este tipo se debía estudiar bajo la óptica de los artículos 1741, 1743 y 1750 del C.C., concluyendo que el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa o fundamentarse en un vicio en el consentimiento. No



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

obstante lo anterior, la Sala de Casación Laboral mediante Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, Rad. 46292 y con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y en virtud de lo previsto en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100, concluyó que en este tipo de casos lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz.

Es así que en la sentencia en cita señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la entidad garantizó una decisión informada que permita una manifestación de voluntad autónoma y consciente, igualmente en la Sentencia 68852 la Corte señaló que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100, razón por la cual debe analizarse el momento histórico de la afiliación con el fin de establecer si se cumplió con el deber legal establecido para los fondos de pensiones, esto es, de brindar la información clara y suficiente y oportuna para que el consentimiento se encuentre debidamente informado.

La Corte también había señalado que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, toda vez que se debe demostrar un consentimiento informado a través de la prueba de la incumbencia del fondo de pensiones, igualmente la sentencia señaló que el deber de información comprende la ilustración de las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de los beneficios pensionales, también y como quiera que los fondos de pensiones constituyen patrimonios autónomos de propiedad de los afiliados independiente de su patrimonio, se les debe aplicar la normas y principios que regulan los encargos fiduciarios propios de la legislación comercial, tales como los artículos 1232 y 1243 del Código de Comercio.

Descendiendo al caso bajo estudio, conforme a la prueba documental visible a folio 87, el demandante suscribió el formulario de afiliación en agosto de 1999, el que solamente se vislumbra que fue efectivamente suscrito o firmado por el actor pero de dicho formulario no se desprende la información brindada o que su consentimiento se encuentra debidamente informado, toda vez que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

si bien allí aparecen unas manifestaciones pre impresas del fondo, la Corte ha establecido que dichas manifestaciones no acreditan el consentimiento debidamente informado. Es así que la parte demandada, en este caso, Porvenir debió demostrar que información le brindó al actor en 1999, con el fin de establecer si se dio cumplimiento al deber de información vigente para dicha data.

El demandante en su interrogatorio de parte manifestó que no sabía la diferencia entre los fondos, que solamente le dijeron que era un requisito de trasladarse toda vez que perdería sus aportes realizados al Seguro Social, teniendo en cuenta que el mismo se iba a liquidar, lo cual era de conocimiento público, razón por la cual era necesario trasladarse a un fondo de pensiones privado, dijo que el ISS no les iba a garantizar la pensión, que no hubo ningún tipo de capacitación, que el empleador a modo de consejo les dijo que se trasladaran pero que los fondos, especialmente Porvenir, no le brindó ningún tipo de información, que el ISS estaba quebrado y que perderían sus ahorros, razón por la cual se trasladó al RAIS.

Que de las pruebas documentales y del interrogatorio de parte no se desprende la información o la ilustración brindada por la demandada al momento de la afiliación del demandante; lo anterior y teniendo en cuenta que esta debió ser clara y precisa, ilustrando sobre las características, efectos, accesos y modalidades tanto del RAIS así como las diferencias con el RPM, máxime que el demandante por haber nacido en 1952, para abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, es decir, para 1999, cuando se efectuó el traslado el demandante era beneficiario del régimen de transición, razón por la cual en dicho momento Porvenir debió haber explicado tal circunstancia, la cual no fue demostrada en el caso bajo estudio; del interrogatorio de parte no se desprende que al demandante le hayan informado dicha circunstancia, esto es, que fuera beneficiario del régimen de transición y que podría perder algunos beneficios pensionales, tampoco se demostró que con posterioridad a la afiliación, específicamente en el año 2004, le hayan manifestado al demandante que podía retornar nuevamente al RPM, circunstancia que debió haber efectuado el fondo de pensiones con el fin de que su posible afiliado tomara la decisión que más le convenía.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Así las cosas, como no se acreditó que el consentimiento del actor estuviera debidamente informado, se declaró la ineficacia del traslado efectuada por el demandante del RPM al RAIS, en consecuencia Porvenir deberá transferir los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Lo anterior, de acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 1688 de 2019, y 1421 de 2019.

Declaró no probadas las excepciones propuestas, como quiera que se trata de un tema ligado con la construcción de un beneficio pensional por lo que no corre con la suerte del fenómeno prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando revocar la sentencia en los numerales 1, 2 y 5, atendiendo al hecho de que Porvenir si brindó información al demandante, conforme lo establecía la normatividad legal que regía a las administradoras de fondos de pensiones para el año 1999, fecha en la cual suscribió el respectivo formulario de afiliación, documento al cual debe dársele el valor probatorio que corresponde al constituirse como una prueba fehaciente no sólo de la voluntad del demandante de afiliarse al RAIS sino de la información que fue proporcionada por parte de Porvenir en su momento. Con ello, y a partir del conocimiento que se le puso de presente al actor, este contaba con unos elementos claros, suficientes y necesarios acerca de las consecuencias, características e incluso posibles implicaciones de afiliarse al RAIS y en virtud de ello suscribe dicho acto. Por lo tanto, no era posible endilgar a Porvenir un deber o una obligación adicional a las cuales eran requeridas en la respectiva época.

En virtud de lo anterior, y sin que ello signifique una manifestación contraria a los intereses de Porvenir, atendiendo al hecho de la declaratoria de ineficacia ordenada, no es procedente que se ordene la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que estas sumas fueron descontadas conforme lo autoriza el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y fueron utilizadas para generar unos rendimientos financieros a los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, claramente verificables con la evidencia documental que fue aportada al expediente con la contestación de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

demanda, ordenar la devolución de estas sumas claramente implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones quien no ha tenido afiliado al demandante a partir del año 1999, y un detrimento patrimonial para Porvenir.

Es importante dar aplicación a lo establecido en los artículos 488 CST y 151 CPTSS, atendiendo al hecho de que el acto que se reclama en el presente proceso es el formulario o la afiliación que el demandante suscribió en el año 1999, y que conforme los términos establecidos en la normatividad citada, claramente es una acción que ya se encuentra prescrita y concluir que esta acción no prescribe implica una vulneración al principio de seguridad jurídica que le asiste a Porvenir, más cuando no está en discusión el derecho pensional que le puede asistir al demandante y quien previo a los requisitos establecidos en la ley, podía acceder a una mesada pensional dentro del RAIS, lo que no está siendo desconocido por la defensa.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 4 de agosto de 1999, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

Sobre el particular, si bien se petitionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A. también en alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Jorge Alfredo Sandoval, se le hubiera brindado la información en los términos antes señalados, siendo claro en esta oportunidad que no se le pusieron de presente todas las consecuencias del traslado al demandante, lo que lleva a concluir que Porvenir S.A., fondo al que se trasladó el actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; de lo que se concluye que dicho traslado no fue libre y voluntario.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

las AFP, de manera que le correspondía a la AFP en mención, probar el suministro de dicha información al demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales del demandante, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la AFP Porvenir S.A., ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

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

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

De otra parte y si bien el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

con derechos pensionales, contrario a lo aducido por Porvenir en su recurso, resulta **imprescriptible**.

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

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

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en la alzada.



Tribunal Superior Bogotá

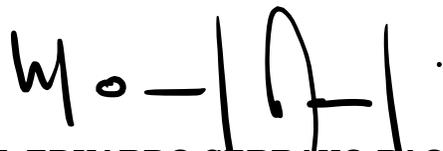
Proceso Ordinario Laboral No. 26201800180-01 Dte: JORGE ALFREDO SANDOVAL RICO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-609-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALICIA ECHEVERRY COELLO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 13 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora ALICIA ECHEVERRY, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se CONDENE a la demandada a reconocer y pagar a su favor en calidad de compañera permanente pensión de sobreviviente a partir del 11 de agosto con ocasión a fallecimiento del señor Ismael Enrique Calderón junto con indexación e intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que convivió con el señor Ismael Calderón en unión libre por más de 10 años entre el 23 de agosto de 2007 hasta la fecha de fallecimiento de este, que dicha convivencia se desarrolló de manera permanente, ininterrumpida y bajo el mismo techo con el ánimo de formar una comunidad de vida permanente, que el señor Ismael en vida disfrutaba de pensión reconocida por el ISS hoy Colpensiones en el año 1995, falleció el 11 de agosto de 2017; que reclamó ante la demandada el pago de dicha sustitución pensional el 3 de mayo de 2018, la que le fue negada en resolución SUB 177551 de 2018, quedando en firme luego de resolverse los recursos contra ella interpuestos, que la convivencia alegada fue de conocimiento público por su círculo familiar y de amigos y figuraba como beneficiaria del causante en el sistema de salud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los referentes al agotamiento de la vía gubernativa y la calidad de pensionado del causante y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción parcial, incompatibilidad de intereses moratorios e indexación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora ALICIA ECHEVERRY COELLO, es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente, respecto del causante señor ISMAEL ENRIQUE CALDERÓN BARBOSA, de conformidad con lo establecido en el literal a del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, conforme lo considerado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora ALICIA ECHEVERRY COELLO, quien se identifica con la Cedula de Ciudadanía No. 41.336.989, la sustitución pensional respecto del causante ISMAEL ENRIQUE CALDERÓN BARBOSA, a partir del 11 de agosto de 2017 en proporción del 100 % de la prestación que se sustituye, junto con el retroactivo de las

mesadas pensionales causadas desde la misma fecha, conforme se dijo en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandada ALICIA ECHEVERRY COELLO, el valor de los intereses moratorios, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 3 de julio de 2018, conforme se dijo en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que descuente en el porcentaje que en derecho corresponde los aportes pertinentes y con destino al sistema de seguridad social en salud. **QUINTO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la norma aplicable al caso, correspondía al literal a) de la Ley 100 de 1993 que fuera modificado por la Ley 797 de 2003, norma que señalaba como beneficiarios de la pensión de sobreviviente, al cónyuge, compañera o compañero permanente del causante, siempre y cuando a la fecha de fallecimiento de este último, tuviera 30 años o más de edad, en caso de muerte del pensionado, requería acreditación de convivencia con el causante no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, que no era objeto de discusión la calidad de pensionado del causante al momento de su deceso, siendo claro que el ISS le había reconocido pensión de vejez a partir del 15 de febrero de 1995, en resolución 10707 de 1995.

Indicó que la Sala Laboral de la CSJ, había reiterado que el requisito de la convivencia real y efectiva para acceder a la pensión de sobreviviente, entrañaba una comunidad de vida estable, permanente y firme, descartando como tal, los encuentros esporádicos o incluso las relaciones prolongadas que no generaban tal comunidad de vida, indicando igualmente esa corporación que la convivencia prevista en el literal a) del artículo antes mencionado, era exigible únicamente cuando la pensión se causaba por muerte del pensionado, como era el caso bajo estudio; así, se habían allegado los actos administrativos mediante los cuales la demandada había negado el derecho reclamado a la actora argumentando que no se había confirmado la convivencia alegada; que la investigación administrativa con fundamento en la cual la entidad negaba la acreditación de convivencia, no había sido allegada al proceso.

Así, correspondía analizar los diferentes medios probatorios para determinar la existencia de la convivencia alegada entre la demandante y el causante; sobre el particular, había rendido testimonio la señora Consuelo Calderón Chaparro,

quien refirió ser la hija del causante y manifestó que su padre convivió con la demandante desde el año 2006 y hasta la fecha de su fallecimiento, que dicha convivencia fue continua, que al principio su padre se la presentó como una amiga, pero que después empezaron a convivir juntos, que la señora Alicia se enfermó y un hijo se la llevó a Zona Franca y ahí convivió como 2 años, que el causante se fue para Santander, a Barbosa, luego a Bucaramanga y él y la demandante convivieron en Santander para finales de 2016, el causante se fue a convivir con la demandante, que nunca se separaron, que quien cuidaba a su padre era la señora Alicia, que vivieron juntos desde el 2006 en Bogotá, Barbosa y Bucaramanga.

La testigo Deicy Concha Flórez manifestó que la pareja convivió en unión libre, que vivieron en varios barrios de Bogotá, Bucaramanga y Barbosa, que dicha convivencia le consta desde 2007, que nunca se separaron y estuvieron juntos hasta la fecha de fallecimiento del señor Ismael; la testigo Luz Triviño, señaló conocer a la demandante hace más de 32 años en el barrio Quiroga, donde vivía sola con los hijos, que luego conoció al señor Ismael con quien le consta empezó a convivir desde el año 2007 y hasta la fecha en que este falleció.

Con el anterior recuento probatorio refirió la juez que, sin mayor dificultad se lograba corroborar la convivencia de la demandante con el causante tuvo lugar entre 2006 y 2007 y subsistió de manera continua e ininterrumpida hasta la fecha de su fallecimiento, por ello, era procedente reconocer la sustitución pensional a la demandante como compañera permanente del causante en cuantía del 100% de la mesada pensional que percibía este a partir del 11 de agosto de 2017 al haber sido los testimonios coherentes y coincidentes con los lugares en los que vivió la pareja, aunado a ello, la demandada no había aportado las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se dio la investigación con fundamento en la cual negó el derecho.

Indicó respecto de la prescripción que, el trámite de la reclamación se agotó con la resolución DIR 16797 del 14 de septiembre de 2018, la fecha de fallecimiento del causante tuvo lugar en el 2017 y la demanda había sido radicada en agosto de 2017, no habiendo transcurrido el fenómeno prescriptivo.

En cuanto a los intereses moratorios manifestó que la reclamación tuvo lugar el 13 de mayo de 2018, procedía tal condena por tener una naturaleza resarcitoria

y no sancionatoria y no había ninguna situación excepcional para eximir a la demandada de tal condena, la que se impondría a partir del 13 de julio de 2018 y hasta la fecha en que la demandante fuera ingresada en nómina de pensionados.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión indicó la entidad demandada que la sentencia SU 149 de 2021, ratificó cuál era la correcta intelección del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, confirmando que para acceder a la sustitución pensional allí prevista, se debe acreditar mínimo 5 años de convivencia en calidad de cónyuge o compañera permanente y teniendo en cuenta el caudal probatorio aportado, solicitó negar el reconocimiento concedido, ya que no había certeza real de la convivencia, pues las testimoniales no arrojaban la seguridad requerida a este efecto, ya que los testigos vivían en lugares muy distantes del causante; adicionalmente, como se había evidenciado en investigación administrativa, los días anteriores al fallecimiento del causante, la señora Alicia no estaba conviviendo con él y la señora Deicy Concha no podía certificar desde qué fecha se trasladaron al Departamento de Santander, entonces, si bien daban certeza respecto de la convivencia en Bogotá, ello no ocurría respecto de cuándo se fueron a vivir a Santander.

Señaló que el principio de sostenibilidad financiera no era ajeno al cumplimiento de requisitos para el otorgamiento de pensiones, por ello, la Corte Constitucional había indicado que el estudio de los mismos debía efectuarse conforme este principio para garantizar el otorgamiento de prestaciones a las generaciones futuras.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor Ismael Calderón, que tuvo lugar el 11 de agosto de 2017, como tampoco que a dicha data ostentaba la calidad de pensionado por vejez por parte del ISS, como da cuenta la resolución de reconocimiento pensional 010707 del 30 de noviembre de 1995 aportada al plenario digital.

Determinado lo anterior, como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, normatividad que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia de la cónyuge o compañera permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante, señala la norma en cita:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;***

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

Es así como la decisión de primer grado encontró acreditada la convivencia de que trata la norma en cita, alegando el recurrente que esta no quedó suficientemente demostrada con las testimoniales vertidas en el proceso; no obstante, contrario a lo señalado por el recurrente y como bien lo refirió la decisión de primer grado, en el presente quedó suficientemente acreditada la convivencia alegada, pues las testimoniales a que aludió el recurrente, que dicho sea de paso, no fueron objeto de tacha, resultaron contestes y congruentes en el sentido de dar cuenta que la demandante era la compañera permanente del señor Ismael, con quien esta inició convivencia desde 2006 o 2007; aunado a lo cual ninguno de sus dichos se tornó sospechoso, contrario

sensu coinciden en describir los lugares en los que convivió la pareja primero en Bogotá y luego dos municipios del Departamento de Santander y el hecho de que no hayan visitado a la pareja en dicho departamento para dar fe de la continuidad de la convivencia de estos como pareja, no desvirtúa la existencia de la misma, pues dos de ellos manifestaron conocer a la pareja de tiempo atrás y conservar una relación de amistad que les permite tener conocimiento de la continuidad de la unión de la pareja en Santander, lo que se corrobora más aun el dicho de la testigo Consuelo Calderón, quien al ser la hija del causante, manifestó tener con él una relación cercana hasta su muerte y dio cuenta con certeza de los cambios de domicilio que tuvo su padre y la demandante siempre en calidad de pareja.

Aunado a ello, la testigo en mención dio cuenta con claridad que la actora no pudo asistir al sepelio del causante por una situación de fuerza mayor como lo fue un problema que tuvo con uno de sus hijos, escenario que para nada tiene la fuerza de desvirtuar la convivencia que quedó suficientemente acreditada en esta oportunidad, pues es claro que constituyó una separación de cuerpos momentánea.

Así las cosas, contrario a lo señalado por la demandada, con las pruebas vertidas en el trámite procesal, se logra controvertir el contenido de la investigación a que alude Colpensiones, que dicho sea de paso no aportó, siendo otra la realidad a que se alude por la pasiva, pues se itera, se acredita que la demandante, sí convivía con el causante en calidad de compañera permanente de este último, por un interregno temporal superior al exigido en la norma en cita y que dicha convivencia se mantuvo hasta la fecha de deceso del señor Ismael, argumentos que resultan suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

Intereses moratorios

La condena en mención para la sala resulta procedente, dado que la pasiva negó de manera caprichosa el reconocimiento pensional reclamado a pesar de que se encontraron acreditados los requisitos para este efecto, fundando su decisión en una investigación administrativa que no aportó al plenario, razón por la cual, no hay lugar a variar dicha condena.

Prescripción

Resulta claro que atendiendo a la fecha de fallecimiento del señor Ismael, 11 de agosto de 2017 y la reclamación administrativa elevada por la aquí demandante ante la demandada para el reconocimiento pensional deprecado que tuvo lugar en el año 2018, no operó el fenómeno prescriptivo, pues la acción judicial fue radicada el 29 de agosto de 2019.

Sin costas en la alzada

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

RESUELVE

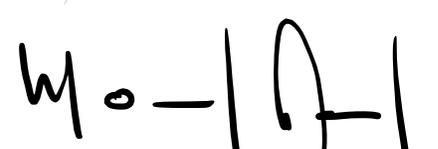
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES BUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 34-2019-733-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CLAUDIA HELENA CASTILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor JOHAN DAVID TAPIAS, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido el 26 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron allegadas las de la entidad demandada quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA HELENA CASTILLO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE

que el señor Orlando López Rodríguez, dejó causado el derecho a pensión de sobrevivientes por las cotizaciones que efectuara al RPM, que es beneficiaria de dicha prestación desde el 16 de octubre de 1998, fecha de muerte del causante; como consecuencia de tales declaraciones peticona se condene a la demandada a reconocer y pagar en su favor pensión de sobreviviente a partir de la data en mención, junto con retroactivo e intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Orlando López Rodríguez falleció el 16 de octubre de 1998, que se encontraba en vida afiliado al ISS hoy Colpensiones, que ella y el señor Orlando, convivieron en calidad de cónyuges desde el día de su matrimonio, 29 de julio de 1989, unión de la cual, nacieron 2 hijas, entre ellas María López, quien no ha podido estudiar desde el cumplimiento de su mayoría de edad, que su hija Luisa López, cuenta con 31 años de edad y al momento del deceso del señor Orlando, convivían juntos, que luego del fallecimiento de su cónyuge presentó en nombre propio y del de sus hijas solicitud de reconocimiento pensional de sobreviviente, la que fue resuelta de manera negativa en resolución 009832 del 2000, indicando que no reunía los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Que en el mismo acto administrativo, le reconocieron indemnización sustitutiva, que al momento de su fallecimiento, el señor Orlando era activo cotizante del ISS y contaba con más de 26 semanas de cotización.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1 a 3 y 9 a 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada y de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante y no condenó en costas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se acreditaba que el causante tenía la calidad de afiliado al entonces ISS a la fecha de su fallecimiento, en el que había cotizado una densidad de semanas de 50.43; en cuanto a la pensión reclamada indicó que no era motivo de discusión el deceso del señor Orlando en el año 1998, por lo que era dicha data la que delimitaba el marco normativo dentro del cual se debía estudiar lo reclamado, por lo que para el caso bajo estudio, resultaban aplicables las previsiones del artículo 46 de la ley 100 de 1993, en su redacción original, el que exigía para el reconocimiento de dicha prestación la cotización del afiliado de por lo menos 26 semanas anteriores al momento de su muerte o que habiendo dejado de cotizar, acreditara aportes en 26 semanas durante el año inmediatamente anterior al momento de su muerte.

Que el artículo 47 de dicha normatividad, establecía que eran beneficiarios de la prestación de sobreviviente, el cónyuge, compañera o compañero permanente supérstite; de tal manera, el señor Orlando al tener la calidad de afiliado al sistema pensional para la fecha de su fallecimiento y habiendo dejado de cotizar a este desde el 1 de noviembre de 1995, contaba para el momento de su deceso con 30 días de cotización que equivalían a 4.30 semanas entre el 9 de octubre al 9 de noviembre de 1998, es decir, al año anterior de su fallecimiento en calidad de trabajador dependiente, no había dejado causado el derecho a la pensión de sobreviviente, al no acreditar la semanas exigidas por la normatividad en cita, pues en el año anterior a su fallecimiento, sólo había cotizado 4.30 semanas.

Refirió, por último, que si en gracia de discusión se pudiera tener en cuenta todas las semanas cotizadas por el actor, que ascendían a 50.43, no se encontraba acreditaba la dependencia económica de la demandante respecto del señor Orlando, pues de las testimoniales vertidas en el trámite procesal se concluía que quienes asumían los gastos de manutención de la pareja,

eran sus progenitores con quienes vivieron durante su estadía en el país y de manera posterior, una vez la demandante decidió mudarse a EEUU, contrajo segundas nupcias con una nueva pareja, con quien en la actualidad convive hace más de 20 años, aunado a ello, sus ingresos resultaban suficientes para su sostenimiento y el de su núcleo familiar.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que se solicitaba un reconocimiento pensional conforme a la ley vigente a la fecha del deceso del causante que tuvo lugar en el año 1998, por lo que la Ley aplicable a su caso, era la Ley 100 de 1993 en su versión original, el causante sí cumple con la densidad de semanas establecida en esa normatividad, ya que a la fecha de su fallecimiento, ostentaba la calidad de activo cotizante y su última cotización tuvo lugar el 31 de octubre de 1998, como se observaba de historia laboral, que si bien Colpensiones señaló en sus alegaciones contar con documental que daba cuenta de que el causante no se encontraba como activo cotizante al momento de su fallecimiento, dicha prueba no era significativa y no era válida para determinar que el señor Orlando había sido retirado en esa fecha.

Que en el expediente no obraba ningún medio de prueba en que se pudiera evidenciar la fecha de retiro del sistema del causante y había que diferenciar los 2 tipos de vinculaciones en el régimen contributivo; esto es, como independiente y dependiente, siendo esta la última forma en que se encontraba afiliado el causante al sistema a la fecha de su fallecimiento y el pago de la seguridad social de estos, se hace por mes vencido, según la hoja de detalle el pago efectuado en octubre de 1998, se hizo por parte del empleador el 9 de noviembre del mismo año y como quiera que falleció el 16 de octubre de 1998, el empleador, una vez falleció el trabajador, procedió a realizar el reporte de novedad de retiro, por lo que por obvias razones no obra el aporte completo y el registro de dicha novedad obedece a su fallecimiento.

Por su parte la **demandada** indicó en su recurso que debía condenarse en costas a la parte demandante, ya que esta había sido vencida en juicio.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos, la sala determinará en primer lugar si el señor Orlando López, acreditó los requisitos en vida para dejar causada la prestación que reclama la aquí demandante.

No fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Orlando López, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 16 de octubre de 1998, como se observa de certificado de defunción allegado al plenario digital.

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

Como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, en esta oportunidad, la Ley 100 de 1993 en su redacción original, normatividad que exige en su artículo 47, que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia el cónyuge o compañero permanente o supérstite del pensionado que acredite que estuvo haciendo vida marital con este no menos de 2 años anteriores a su deceso, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

Sentando lo anterior y en cuanto al requisito de cotización, se tiene que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original prevé:

“ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo [33](#) de la presente Ley.”

En el presente, sea lo primero señalar que contrario a lo señalado por la decisión de instancia y como lo refiere la recurrente, de historial laboral del causante aportada en expediente administrativo por la demandada, se logra determinar que si bien, la última cotización que efectuara previo al año de su deceso, esto es, 1998, data de octubre de 1995; lo cierto es que de la misma documental se determina con claridad que el causante, volvió a cotizar como trabajador dependiente para los ciclos de **septiembre y octubre de 1998**, este último ciclo, se reporta por 15 días laborados, respecto de lo cual y como bien lo indica la recurrente, es claro que obedece a que la fecha de deceso del causante data del **16 de octubre de 1998** y por ello se registra novedad de retiro en este ciclo, respecto de la cual si bien, no se logra evidenciar que en efecto obedeció a su fallecimiento, lo cierto es que la entidad demandada no aportó prueba de que el empleador a través del cual se cotizaron dichos ciclos hubiera reportado dicha novedad por terminación de la relación laboral; contrario sensu, para la sala es claro que al momento de su fallecimiento, el señor Orlando López, se encontraba cotizando al sistema pensional registrando como se señaló, su última cotización el **15 de octubre de 1998**, esto es, un día antes de su fallecimiento, de lo que da cuenta la documental contentiva de liquidación de indemnización sustitutiva aportada por la accionada.

Conforme lo señalado en precedencia, para el caso bajo estudio, se debe estudiar el requisito de cotización a la luz de lo previsto en antes transcrito literal a) de la Ley 100 de 1993, previa modificación introducida por la Ley 797 de 2003, esto es, 26 semanas al momento del fallecimiento, respecto de lo cual, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado entre otras en sentencia SL3077 de 2022 que la exigencia de semanas señaladas en el literal en mención, corresponden a las cotizadas en **cualquier tiempo**.

Así las cosas, al no haber ofrecido reparo que el causante acumula una densidad total de cotizaciones de 50.43 semanas, como da cuenta la historia laboral expedida por la demandada, contrario a lo indicado por la decisión de primer grado, sí dejó causada la prestación que se reclama; sin que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original exija como erradamente lo concluyó la decisión de primer grado **dependencia económica alguna del cónyuge respecto del causante**, pues de la sola lectura de dicha normatividad es claro que la única exigencia allí contemplada es la acreditación de vida marital por espacio de 2 años previos al fallecimiento del causante.

Respecto de lo cual, no ofreció reparo que la accionante se encontraba unida en matrimonio al causante conforme se evidencia del registro de matrimonios aportado junto con escrito de demanda, que da cuenta que dicha unión tuvo lugar el 29 de julio de 1989, sin que obre prueba de que dicha unión se haya disuelto previo al fallecimiento del causante, aunado a lo cual, la calidad de beneficiaria de la actora respecto del causante, fue reconocida por el entonces ISS en resolución 9832 del 2000 y mediante la cual reconoció indemnización sustitutiva a esta y a los hijos de la pareja; tal calidad de beneficiaria y el requisito de vida marital por espacio de 2 años se corrobora con las testimoniales vertidas por los señores Rosa Gilma Ramírez y Jorge Humberto León; la primera dio cuenta de la convivencia de la pareja desde la fecha de su matrimonio y hasta la fecha de su deceso en el domicilio primero de los padres del señor Orlando y luego de los de la señora Claudia, los dos testigos dieron cuenta que entre la pareja nunca hubo una separación y vivían en comunidad familiar junto con sus hijas para entonces menores de edad.

Conforme lo señalado en precedencia es claro que la actora tiene derecho a que se le reconozca la prestación de sobreviviente reclamada, ya que en primer lugar, el causante cumplió los requisitos para su causación previo a su deceso y se acreditó la calidad de beneficiaria de la misma en cabeza de la demandante, razón por la cual, se **revocará** la decisión de primer grado para en su lugar CONDENAR a la demandada a reconocer a la demandante pensión de sobreviviente en cuantía de 1 SMLV, pues revisada la historia laboral del señor Orlando se evidencia que la gran mayoría de los ciclos cotizados a su nombre, se realizaron teniendo como IBL una suma inferior al SMLV.

Prescripción

En aras de determinar la fecha en que opera el reconocimiento pensional objeto de condena, resulta imperativo referirse a este medio exceptivo propuesto por la demandada; sobre el particular, se observa que la reclamación tendiente a obtener el pago de la prestación objeto de pronunciamiento fue elevada por la demandante el 16 de enero de 1999, como se observa de acto administrativo resolución 009832 del 2000 expedida por el ISS, siendo claro que en el presente transcurrió el término prescriptivo ya que la acción judicial se radicó el 8 de noviembre de 2019, por lo que se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **8 de noviembre de 2016**, fecha a partir de la cual se dispondrá reconocer el derecho pensional en 14 mesadas, ya que para la data en que se causó este, estaba vigente la disposición normativa que consagraba el reconocimiento de la mesada 14 para todos los pensionados sin distinción alguna.

Por las resultas del proceso en esta instancia, se declararán no probados los demás medios exceptivos propuestos.

Intereses moratorios

Sobre este punto, se observa la demandada omitió el hecho de que el señor Orlando, sí se encontraba cotizando al sistema pensional al momento de su fallecimiento y bajo argumento contrario, negó el reconocimiento pensional cuando le fue reclamado, siendo un hecho notorio para la sala que el señor Orlando era activo cotizante a la fecha de su deceso, razón por la cual sí incurrió en mora en el pago de la pensión desde el año 1999, data para la cual, el demandante solicitó tal reconocimiento, debiendo reconocer y pagar los intereses moratorios derivados del reconocimiento tardío del derecho pensional, a partir del 8 de noviembre de 2016 y hasta la fecha en que efectúe el derecho pensional en la forma aquí señalada.

Por último, se autorizará a la demandada a descontar del retroactivo pensional hallado la suma pagada a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva en resolución 009832 del 2000 expedida por el ISS, así como el porcentaje del aporte con destino al sistema de seguridad social en salud.

Sin costas en la alzada, las de primer grado a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, para en su lugar **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante CLAUDIA HELENA CASTILLO, pensión de sobreviviente en cuantía del SMLV a partir del 8 de noviembre de 2016 y en razón a 14 mesadas pensionales, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2016 y no probadas las demás excepciones.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas pensionales causadas a partir del 8 de noviembre de 2016.

CUARTO: AUTORIZAR a la demandada a descontar del retroactivo pensional hallado, la suma pagada a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva, así como el porcentaje del aporte con destino al sistema de seguridad social en salud.

QUINTO: Sin costas en la alzada, las de primer grado a cargo de la demandada.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO