



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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2021-00267-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: HERNANDO GONZÁLEZ LARROTA
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 jurisdiccional de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de octubre del 2022.

ANTECEDENTES

El señor HERNANDO GONZÁLEZ LARROTA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que ordene a COLPENSIONES realizar la reliquidación de la indemnización sustitutiva en los términos del artículo 3° del Decreto 1730 de 2001. Como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a pagar la indemnización sustitutiva ajustada, junto con la sanción moratoria a la que haya lugar.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que desde el 20 de octubre de 1967 hasta el 30 de noviembre del 2012 el demandante cotizó a Colpensiones logrando un total de 897.43 semanas; que el 20 de diciembre del 2014 mediante Resolución GNR 429603 le fue reconocida indemnización sustitutiva; que presentó recurso de apelación frente a dicha Resolución por considerar que el monto reconocido no corresponde de acuerdo al IBC histórico del demandante y al número de semanas cotizadas conforme al Decreto 1730 del 2001; que el 29 de enero de 2021 radicó ante Colpensiones reclamación administrativa solicitando la reliquidación de la indemnización sustitutiva, ordenando el pago de la misma y la sanción moratoria a la que haya lugar; que Colpensiones el día 13 de mayo del 2021 negó la solicitud presentada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 1 y 4 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de Colpensiones, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, 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 probada la excepción de COMPENSACIÓN frente a la indemnización sustitutiva, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a HERNANDO GONZALEZ LARROTA el saldo insoluto por concepto de indemnización sustitutiva después de compensado el valor pagado por COLPENSIONES en la suma de \$ 2.550.822.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a HERNANDO GONZALEZ LARROTA la indexación del anterior valor desde diciembre de 2014 hasta la fecha en que se efectuó el correspondiente pago, valor que a la fecha de hoy asciende a la suma de \$ 1.344.664.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$155.000 como agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico, tal como se planteó al momento de fijar el litigio, consiste en determinar si el actor tiene derecho o no a la reliquidación de la indemnización sustitutiva reconocida por la demandada y, en caso afirmativo, determinar la procedencia del pago a los intereses moratorios o de la indexación. No admite discusión que mediante la resolución GNR 429603 del 20 de diciembre del 2014 se reconoció la indemnización sustitutiva a favor del demandante en la suma de \$5'514.851, la cual se basó en 6667 días laborados, que equivalen a 952 semanas cotizadas, decisión que fue notificada el 26 de diciembre del 2014, conforme a las documentales que obran el expediente administrativo. Indica que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 regula la indemnización sustitutiva. Que en Resolución SUB 109914 del 13 de mayo del 2021 Colpensiones resolvió la solicitud de reliquidación de la indemnización sustitutiva, indicando que toda vez que el ingreso base de cotización está compuesto por una proporción que realiza el afiliado y otra parte que es aportada por el Estado por medio de los subsidios, es pertinente informar al peticionario que para la liquidación de las indemnizaciones solo se tiene en cuenta el valor aportado por el afiliado y no el subsidio devuelto al Estado. Que las cotizaciones subsidiadas corresponden al periodo comprendido entre noviembre del 2006 y febrero del 2013. Que en virtud de lo anterior se debe tener en cuenta que de conformidad con el artículo 25 y siguiente de la ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad pensional es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyo objeto es subsidiar los aportes de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano al régimen general de pensiones, cuando aquellos carezcan de suficientes recursos para



efectuar la totalidad del aporte. Que por su parte, el artículo 19 del Decreto 3771 del 2007 establece que corresponde al trabajador independiente el pago de un porcentaje del aporte, pues el restante será subsidiado por el Estado. Con todo el artículo 27 del mencionado decreto ha establecido que en caso de indemnización sustitutiva esta solo comprenderá los aportes realizados por el trabajador debiendo prescindirse del subsidio que haya pagado el estado, recursos que deberán ser devueltos al Fondo de Solidaridad pensional, esto último conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993 el cual establece que cuando el afiliado que haga recibido subsidios del fondo solidaridad pensional exceda los 65 años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a la pensión, la entidad administradora respectiva devolverá al monto de los aportes subsidiados con los correspondientes rendimientos financieros a dicho fondos. Que la sentencia SL 2065 del 2022 de la CSJ estudió la aplicación de lo reglado en el Decreto 3771 del 2007 y señaló que una vez el afiliado arriba a los 65 años de edad y no acceda al derecho pensional, los aportes subsidiados deben ser devueltos al fondo solidaridad pensional, a menos que se continúe cotizando y la administradora reciba dichos aportes sin objeción alguna, los cuales deberán ser tenidos en cuenta. Que revisada la historia laboral del demandante actualizada el 3 de febrero del 2002 se observa que el demandante empezó a cotizar a través del régimen subsidiado en noviembre del 2006 y hasta febrero del 2013, cuando el consorcio Colombia Mayor lo desvinculó del Fondo de Solidaridad pensional a partir del 1° de marzo del 2013 por haber cumplido 65 años de edad. Que si bien no obra certificación expedida por el aludido consorcio Colombia Mayor, señalando que el demandante estuvo vinculado al régimen subsidiado de pensión desde el 1° de junio de 2009, analizadas las documentales que obran en expediente administrativo y conforme lo señaló Colpensiones en las resoluciones SUB 109914 del 13 de mayo del 2021, los periodos cotizados subsidiados en la historia laboral del señor Hernando González Larrota iniciaron en noviembre del 2006. Que para los periodos de cotización de noviembre del 2006 y febrero del 2013, se tendrá en cuenta para la liquidación de la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez, el porcentaje que corresponde a los aportes que realizó el demandante, sin incluir el monto de los aportes subsidiados, pues esos fueron devueltos por



Colpensiones al Fondo de Solidaridad, tal como se evidencia de la historia laboral actualizada el 3 de febrero del 2021, ya tantas veces manifestada en aplicación al artículo 27 del Decreto 3771 del 2007 y del artículo 29 de la Ley 100 de 1993. Indica que realizadas las operaciones aritméticas por parte del Despacho, con base en las cotizaciones reportadas en las historias laborales actualizadas a 16 de noviembre del 2012 y 1° de marzo del 2013 en el que se registran los valores de subsidio para cada período de cotización, factores que deben de restarlo a lo pagado por el subsidio, dando como resultado los saldos de cotización a favor del demandante y que coinciden con los reportados en la historia laboral por Colpensiones actualizada al 3 de febrero de 2022, tal cual se pasa a explicar: El periodo de noviembre y diciembre del 2006, el IBC reportado \$408.000, la cotización total \$63.268, el porcentaje de cotización 15.50%, valor de subsidio \$44.260, valor del aporte del demandante \$19.000. Al 2007 IBC \$433.700, valor de la cotización, \$63.268, porcentaje 15.50%, valor del subsidio \$44.268, pagado por el demandante \$19.000. De enero a febrero del 2008, el valor del salario fue \$433.700, lo aportado fue \$68.771, el porcentaje 16%, valor del subsidio \$48.574, valor del demandante \$20.197. De junio a diciembre del 2009, el salario el IBC es \$496.900, el valor de la cotización \$79.553, el porcentaje 16%, subsidiado \$55.653, pagado por el demandante \$23.900. De enero del 2010 el IBC \$496.900, valor del porcentaje 16%, valor de la cotización \$79.553, valor pagado por el demandante \$23.900. De febrero a diciembre del 2010 IBC \$515.000, valor del aporte \$82.400, el porcentaje del aporte 16%, valor del subsidio \$57.680, valor pagado por el demandante \$24.720, lo que coincide a enero de 2011. En febrero a diciembre del 2011, la cotización es de \$535.600, el valor del aporte \$85.696, el valor del porcentaje 16%, lo pagado por subsidios \$59.987 lo pagado por el demandante \$25.709, situación que coincide con enero del 2012. De febrero a diciembre del 2012 el IBC son \$566.700, el porcentaje del 16%, valor del aporte \$90.672, valor subsidiado \$63.470, valor pagado por el demandante \$27.202, lo que coincide con enero del 2012 y febrero del 2013 e IBC es \$589.500, el valor pagado por el demandante la suma de \$28.690 pesos. Que teniendo en cuenta lo anterior, se procede a tasar el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez conforme lo dispone el artículo 3 del Decreto 1730 del 2001, se aplicará la siguiente



fórmula $I = SBC \times SC \times PPC$, donde SBC es el salario base de liquidación de la cotización semanal promedio, de acuerdo con los factores señalados en el decreto 1158 de 1994 sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del año. SC es la suma de semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. Que bajo este criterio normativo y una vez efectuada las operaciones aritméticas, anexadas también a la sentencia por parte del despacho, con base en el detalle de los salarios reportados en la historia laboral, actualizada al 3 de febrero del 2022. Realizadas las operaciones aritméticas nos da que el salario base de cotización es de \$134.679,93, que de acuerdo a la fórmula es el ingreso mensual dividido por 30 y multiplicado por 7. El total de semanas es 963.14. El porcentaje promedio de cotización es de 6,22% que es la suma es la sumatoria número de semanas multiplicado por el porcentaje de cotización de esa semana divididas por el total de días laborados. Aquí 6742 días que coincide con lo manifestado por Colpensiones. Que aplicada la fórmula arroja una indemnización sustitutiva en la suma de \$8'065.673, por lo que queda un saldo por pagar al actor de \$2'550.822 por concepto de indemnización sustitutiva. Que reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido que en los eventos de reajuste o reliquidación pensional no hay lugar a la imposición de intereses moratorios, por lo que por lo que en subsidio se reconoce el pago a la indexación de la diferencia adeudada por indemnización sustitutiva de pensión de vejez en la fecha de su pago. Que la actualización dispuesta deberá efectuarse teniendo como IPC final el que corresponde al mes anterior al que se vaya a efectuar el pago que para aterrizarlo a la fecha de hoy vamos a utilizar el de septiembre del 2022 que es 121,50 y el IPC inicial, el cual corresponde a julio del 2014 que es invariable 79,56, por lo que el valor insoluto de la indemnización sustitutiva a la fecha es de \$1'344.664, que sumado con los \$2'550.822 asciende la suma de \$3'895.486 al día del fallo, lo cual debe actualizarse al momento del pago. Que la indemnización sustitutiva es imprescriptible. Se declara probada la



excepción de compensación pudiendo descontar la suma pagada por Colpensiones como indemnización sustitutiva.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones recurrió señalando que, el señor Hernando González Larrota solicitó el 22 de julio de 2014 el reconocimiento y pago en la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; que conforme a esta solicitud, se tienen que el demandante acreditó un total de 6667 días laborados correspondiente a 952 semanas de cotización; que a la fecha de la solicitud contaba con 66 años de edad; que obra en el expediente declaraciones extrajuicio en la que manifiesta la imposibilidad de continuar cotizando al sistema general de pensiones. Qué respecto a la reliquidación pensional tenemos que Colpensiones realizó la liquidación de esta indemnización y la misma se ajustada a Derecho y esta misma se realizó en cumplimiento a lo establecido en el artículo 3° del Decreto 1730 del año 2001. Que en la Resolución GNR 429603 se puede evidenciar que el valor acumulador del valor actualizado en la indemnización corresponde a la suma de \$5'514.851 que se evidencia que en la diferencia realizada por el despacho se están teniendo en cuenta más semanas de las realmente cotizadas por el demandante, pues tenemos que este cotizó solo 952 semanas. Que solicita anular la liquidación efectuada por el Juzgado y tenga en cuenta las semanas efectivamente cotizadas por el demandante. Que se tenga en cuenta, que la liquidación efectuada por Colpensiones se hizo conforme a la normatividad aplicable para el caso y que no hay lugar, pues a pagar diferencia alguna, teniendo en cuenta que el valor que efectivamente se debe pagar ya se pagó. Solicita en este caso no se haga condena en costas.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el recurso de apelación presentado por la parte demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma, procede la Sala al estudio de la condena impuesta en primera instancia, la cual, solicita la parte demandada sea revocada, pues sostiene



que la indemnización sustitutiva que se le otorgó al demandante se encuentra ajustada a derecho y bien liquidada.

En el presente caso, encuentra esta Colegiatura que el Juez de primer Grado, ordena reliquidar la indemnización sustitutiva que le fue reconocida al actor por Colpensiones, señalando que Colpensiones liquidó la indemnización sustitutiva con 897.43 semanas **cuando lo correcto es que se liquide con 963.14 semanas.**

Para resolver el problema jurídico que centra la atención de la Sala, debe indicarse en primer lugar, que Colpensiones mediante la Resolución GNR 429603 del 20 de diciembre del 2014, la cual se allegó en el expediente administrativo (archivo 9.1ExpedienteAdministrativo) le reconoció al señor Hernando González Larrota una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$5'514.851, la cual fue liquidada teniendo en cuenta 6667 días que equivalen a 952 semanas. Adicionalmente, Colpensiones en la Resolución SUB 109914 del 13 de mayo del 2021 niega la reliquidación de la indemnización sustitutiva solicitada por el actor, señalando que en la anterior resolución fue liquidada correctamente.

Es necesario recordar que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece que las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

En el presente caso, no se discute que el actor tiene derecho al reconocimiento de una indemnización sustitutiva sino la forma en la que fue liquidada.

Una vez revisadas las documentales allegadas, evidencia la Sala que se equivocó la falladora de primera instancia cuando ordenó la reliquidación de la indemnización sustitutiva reconocida por Colpensiones mediante la



Resolución GNR 429603 del 20 de diciembre del 2014, pues contrario a lo señalado en la sentencia proferida en primera instancia, Colpensiones en ningún momento aceptó que el actor hubiese cotizado **963.14 semanas** que fueron las tenidas en cuenta por el fallador de primera instancia para acceder a la reliquidación pretendida, por el contrario tanto en la Resolución GNR 429603 del 20 de diciembre del 2014 con la cual reconoce la indemnización sustitutiva y la Resolución SUB 109914 del 13 de mayo del 2021 en la cual niega la reliquidación fue clara al señalar que el actor había cotizado únicamente **952 semanas**, las cuales tuvo en cuenta al momento de liquidar la indemnización sustitutiva.

Tampoco aparece que Colpensiones haya aceptado al contestar la demanda, ni se aporta historia laboral en la que se refleje que el actor haya cotizado alguna semana adicional a las 952 semanas tenidas en cuenta por Colpensiones al momento de liquidar la indemnización sustitutiva. Es más, el actor en los hechos de la demanda refiere que cotizó a Colpensiones únicamente 897.43 semanas, es decir, menos de las que tuvo en cuenta Colpensiones al momento de liquidar la indemnización sustitutiva.

Adicionalmente, al revisar la hoja de liquidación de la Resolución GNR 429603 del 20 de diciembre del 2014 se evidencia que se liquidó teniendo en cuenta los IBC que se registran en la historia laboral del actor y, que fue liquidada correctamente teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas, por lo que se equivocó la falladora de primera instancia cuando accedió a la reliquidación pretendida; razón por la cual le asiste razón a la apoderada de Colpensiones al señalar que no hay lugar a reliquidar la indemnización sustitutiva del actor como quiera que fue reconocida y liquidada correctamente.

Así las cosas, se revocará la decisión proferida en primera instancia para en su lugar absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte 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 y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandante.

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


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2021-00308-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: SANDRA LILIANA RUBIO CONTRERAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de noviembre 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 SANDRA LILIANA RUBIO CONTRERAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado del ISS a la AFP Colfondos y de los traslados horizontales que se efectuaron con posterioridad, por no haber recibido la información necesaria al momento del traslado. Como



consecuencia, se condene a COLFONDOS y a la AFP PORVENIR a trasladar los aportes en pensiones realizados por la actora como cotizaciones, gastos de administración, bonos, aportes adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1747 del C.C., esto es, con todos los rendimientos que se hubieren causado; se condene a COLPENSIONES a validar los aportes en pensiones trasladados e incorporarlos a la historia laboral debidamente detallado y las costas y agencias en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 16 de febrero de 1966, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 54 años de edad; que cotizó al ISS del 01 de julio de 1998 al 30 de junio del 2000 cuando se trasladó a la AFP Colfondos S.A.; que posteriormente, se trasladó a la AFP PORVENIR el 20 de noviembre del 2004, entidad en la que se encuentra actualmente; que alcanzó a cotizar 104 semanas; que al momento de comenzar a regir la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- no contaba con 35 años de edad, ni había cotizadas 750 semanas en el RPMPD; que al momento del traslado no le fueron explicadas de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios del cambio de régimen, ni la diferencia tan significativa en el monto de la pensión; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 9 y 10 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.



Por su parte, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 2, 5 y 7; negó el 1 y 4 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

Finalmente, mediante auto del 01 de septiembre del 2022 el fallador de primera instancia tuvo por no contestada la demanda por parte de la **AFP Porvenir**.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante SANDRA LILIANA RUBIO CONTRERAS al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS a transferir a COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante que correspondan a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de



garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR y COLFONDOS, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL DE PESOS (\$1'200.000), correspondiéndole a cada una el cincuenta por ciento (50%).”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la corte Suprema de Justicia; que la carga probatoria está en cabeza de la AFP; que la AFP no probó haber brindado la información suficiente.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora SANDRA LILIANA RUBIO CONTRERAS, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A. en el año 2000 y, posteriormente, con la AFP PORVENIR en el año 2004; siendo ésta última entidad en la que se encuentra afiliada actualmente la actora.

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

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



De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que le hubiera brindado a la señora Sandra Liliana Rubio Contreras información alguna o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que Colfondos, faltó al deber de información pues debió indicarle a la demandante en forma clara todo aquello que resulta 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 inicial, ni siquiera del formulario de afiliación.

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que en este caso Colfondos ni siquiera allegó el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 2000.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor es que el ISS se iba acabar, que podía pensionarse con menos edad y que sus aportes eran heredables.

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



Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno como lo pretende Colpensiones en sus alegatos, 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 2000**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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



debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

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

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

Sin costas en este 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 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 estudiada en grado jurisdiccional de consulta.



TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

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



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 03-2020-00319-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BIBIANA DEL CARMEN AVILA GARCÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de noviembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora BIBIANA DEL CARMEN AVILA GARCÍA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE que la AFP PROTECCIÓN S.A. omitió proporcionar la información necesaria al momento de su traslado del RPMPD al RAIS. Como consecuencia, se DECLARE la ineficacia del traslado de régimen; que nunca se trasladó de



régimen; que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES; que la AFP PROTECCIÓN debe realizar el traslado inmediato de los dineros y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidas las sumas percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexadas; que COLPENSIONES tiene la obligación de admitir el traslado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de mayo de 1964, por lo que a la fecha de radicación de la demanda contaba con 56 años de edad; que estuvo vinculada al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones desde el 26 de febrero de 1992 al 31 de diciembre de 1995; que el 28 de marzo de 1996 los asesores de la AFP PROTECCIÓN S.A. se presentaron en su lugar de trabajo en donde suscribió el formulario de traslado de régimen sin una asesoría personal y completa; que solicitó su 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, 4, 13 y 14 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 4, 9, 15, 16 y 17; dijo que el



3 era parcialmente cierto; negó el 5, 6, 7, 10, 11 y 12 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, 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 y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante BIBIANA DEL CARMEN AVILA GARCÍA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A, realizado el 28 de marzo de 1996, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante BIBIANA DEL CARMEN AVILA GARCÍA por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúe la AFP PROTECCIÓN S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante BIBIANA DEL CARMEN AVILA GARCÍA, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por la Demandada COLPENSIONES, denominada inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad del sistema financiero, y la de prescripción propuesta por ambas demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.



QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (\$1.500.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el párrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado ya existía el deber de brindar la información necesaria a los futuros afiliados al momento del traslado. Que este criterio ha sido ampliamente desarrollado por la CSJ. Que en el presente caso no se probó haber brindado la información necesaria por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado, pues no bastaba con el formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que esta imposibilitada para recibir a la demandante en los términos de la Ley 797 del 2003 al estar próxima a cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que se encuentra inmersa en dicha prohibición. Que Colpensiones es un tercero de buena fe, que su decisión fue libre y que permaneció en el RAIS 25 años, por lo que está demostrada su voluntad de permanencia; que sólo mostro un interés en regresar cuando se le informó que la mesada no era la que esperaba. Que no se dan los presupuestos para que se declare la ineficacia del traslado.

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 Bibiana del Carmen Ávila García, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCIÓN en el año 1996, 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 Bibiana del Carmen Ávila García, 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 Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

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

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

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.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 Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1996, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

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 estaba en crisis, que tendría una mejor mesada pensional, que podía pensionarse a cualquier edad y que sus aportes eran heredables.

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 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.

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, 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.

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

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

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional 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



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 38-2021-00372-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CLAUDIA CONCEPCIÓN INSIGNARES VEGA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **MARÍA CAMILA RIOS OLIVEROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.275.931 y tarjeta profesional No. 272.749 del C. S. de la J. en su calidad de representante legal de la sociedad TABOR ASESORES LEGALES S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y, como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.783.369 tarjeta profesional No 321.634 del C. S. de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 la AFP PORVENIR y del grado de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 01 de diciembre de 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA CONCEPCION INSIGNARES VEGA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS omitió proporcionarle la información necesaria, transparente, cierta, real y suficiente al momento de realizar el traslado al RAIS. Como consecuencia, se DECLARE la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado el 11 de abril de 1994; que se DECLARE que nunca se trasladó eficazmente del RPMPD; que se DECLARE que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones; se CONDENE a COLPENSIONES que admita a la demandante como afiliada del RPMD; se CONDENE a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar todos los aportes y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual de manera indexada; SE CONDENE a la AFP PROTECCIÓN y PORVENIR que traslade a COLPENSIONES todos los dineros percibidos por concepto de gastos de administración, por todos los períodos en que el demandante permaneció afiliada a dicha entidad, los cuales deberán pagarse de manera indexada; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 17 de marzo de 1968, por lo que para la fecha de presentación de la demanda contaba con 53 años; que estuvo vinculada al RPMPD al ISS hoy Colpensiones desde el 23 de enero de 1990 hasta el 30 de abril de 1994; que el 11 de abril de 1994 los asesores de la AFP COLFONDOS le ofrecieron el traslado de régimen; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que el 31 de julio del 2000 se trasladó a la AFP PROVENIR y el 06 de marzo del 2006 se trasladó



a la AFP PROTECCIÓN S.A.; 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, 3, 4, 15, 16, 18 y 19; negó el 30 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373-2021, 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 **AFP COLFONDOS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 3, 27 y 28; negó el 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 30; manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias Administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, nadie puede ir contra sus propios actos y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 15 y 22; negó el 26; 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 **AFP PROTECCIÓN** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 16, 20, 21, 23 y 24; negó el 17 y 30; aceptó parcialmente el 25; 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 del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora CLAUDIA CONCEPCIÓN INSIGNARES VEGA con destino a la A.F.P. COLFONDOS S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 11 de abril de 1994. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a la AFP PORVENIR S.A., a la AFP COLFONDOS S.A. y a la AFP PROTECCIÓN S.A. que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, los recursos recaudados por cuenta de la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada a este régimen, debiendo transferirse los respectivo los recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor mensualmente recibido en el RAIS)

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el pago o el aporte correspondiente, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se paguen con cargo a los recursos propios de las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en proporción al tiempo en el que estuvo afiliada la demandante en estas AFP. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que al subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, los valores respectivos deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos son



producto de la administración de dineros del sistema general de pensiones, que solo pueden destinarse al mismo.

TERCERO: EXCEPCIONES, *dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.*

CUARTO: COSTAS. *Lo serán a cargo de la demandada AFP COLFONDOS S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la accionante.*

QUINTO: *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acata la jurisprudencia de la CSJ en la que destaca el deber de información por parte de las AFP y, que si no prueban el deber de información procede la ineficacia la cual no tiene la posibilidad de ser saneada; que las AFP no pueden negar una afiliación salvo que la persona se encuentre en una prohibición legal. Ordena que se haga la devolución de los recursos recaudados por la demandante con destino al RAIS debidamente indexados, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se paguen con cargo a los recursos propios de las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en proporción al tiempo en el que estuvo afiliada la demandante en estas AFP. Señala además que si subsisten saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, los valores respectivos deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos son producto de la administración de dineros del sistema general de pensiones, que solo pueden destinarse al mismo.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, actualmente con la AFP Protección. Que la demandante solicitó el traslado cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición legal establecida en la Ley 797 del 2003. Que no puede alegar su propia culpa. Que la demandante tenía la carga probatoria de desvirtuar la buena fe de los fondos privados. Que la afiliación



a uno u otro régimen genera obligaciones recíprocas, tal y como lo establece el artículo 1495 del CC, por lo que el afiliado debía asesorarse y buscar la información de manera autónoma. Que no puede desconocerse la afectación que genera la ineficacia. Que se debe tener en cuenta lo dictado pro la Corte Constitucional en sentencia C252-2009.

Por su parte, la **AFP PORVENIR** interpone recurso argumentando que el traslado horizontal que efectuó la demandante proveniente de la AFP Colfondos a Horizonte se hizo con apego de la Ley, no podía negarse a la afiliación; que se aportó el formulario de afiliación, el cual no fue apreciado en debida forma. Que no le competía informar las consecuencias de un cambio de régimen, por lo que no le competía probar esa información, pero que se evidencia que la demandante si contó con ese acompañamiento. Que se aparta de la condena de devolver lo concerniente a los valores reportados en la cuenta de ahorro individual de la demandante consistentes en los gastos de administración y seguros previsionales y la indexación de los mismos. Que la indexación no es procedente pues se ordenó la devolución con unos rendimientos financieros, con lo cual permite a Colpensiones que cubra cualquier devaluación monetaria.

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 Claudia Concepción Insignares Vega, 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 y, posteriormente con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR en el año 2000 y con la AFP Protección en el año 2006; 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 Concepción Insignares Vega, 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 o por los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS como lo pretende la AFP Colfondos y la AFP Porvenir en sus alegatos, 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 contrario a lo señalado por la AFP Porvenir en sus alegatos, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron es que el ISS se iba acabar y, que iba a tener una mejor pensión en el RAIS, pues iba a tener unos intereses.

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.

Siendo necesario precisar, que la jurisprudencia en ningún momento ha establecido que la parte demandante deba desvirtuar la buena fe de la AFP, como lo pretende la apoderada de Colpensiones. Adicionalmente, conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.



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, contrario a los señalado por Colfondos y Colpensiones en sus alegatos, 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 de la Corte Constitucional como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino frente a la ineficacia del mismo.

En cuanto a las consecuencias de la ineficacia del traslado declarada, el fallador de primera instancia ORDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a la AFP PORVENIR S.A., a la AFP COLFONDOS S.A. y a la AFP PROTECCIÓN S.A. que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras



tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, **los recursos recaudados por cuenta de la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada a este régimen, debiendo transferirse los recursos debidamente indexados.** Señalando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y, en caso de ser insuficientes, se paguen con cargo a los recursos propios de las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en proporción al tiempo en el que estuvo afiliada la demandante en estas AFP. Indicando que al subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, los valores respectivos deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos son producto de la administración de dineros del sistema general de pensiones, que solo pueden destinarse al mismo.

La anterior decisión habrá de modificarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, como quiera que la CSJ ha sido clara al señalar entre otras en la sentencia SL 3179-2023 que como la ineficacia del traslado implica para todos los efectos legales que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM, además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y bonos pensionales, si hay lugar a ellos, Protección S.A. deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a 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 y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al RPM administrado por Colpensiones. Por tanto, la consecuencia no es como lo indica el fallador de primera instancia que se devuelvan únicamente los aportes efectuados por la demandante de manera indexada.

Ahora, en cuanto a los gastos de administración, es necesario señalar 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.

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 **adicionarán** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia recurrida por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN que traslade a COLPENSIONES todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sus rendimientos y bonos pensionales, si hay lugar a ellos. Adicionalmente, se ordena trasladar las sumas descontadas correspondientes a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán pagarse debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, se CONDENA a la AFP PORVENIR y COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES las sumas que fueron descontadas a la demandante a título de gastos de administración, seguros previsionales y el fondo de garantía de pensión mínima en el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de esos fondos de manera indexada, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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



TERCERO: 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



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2020-00443-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUZ ELENA TORRES PARRA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de enero del 2023.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



La señora LUZ ELENA TORRES PARRA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la AFP PROTECCIÓN S.A. incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. Como consecuencia, se DECLARE ineficaz la afiliación al RAIS; se CONDENE a la AFP PROTECCIÓN a registrar en su sistema de información que la pensión de la demandante es ineficaz; que se le condene a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; se CONDENE a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante y a recibir la totalidad de los aportes a pensión y demás sumas que sean trasladadas, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició aportes a través del RPMPD ; que se encuentra afiliada a la AFP PROTECCION desde el mes de enero de 1996; que el asesor de la AFP PROTECCIÓN le informó que el ISS hoy Colpensiones estaría pasando por problemas financieros lo que pondría en riesgo los aportes que ella hubiese alcanzado a realizar en ese fondo; que no se le brindó una información clara al momento del traslado; que solicitó el traslado de régimen 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 manifestó no constarle el 1, 14, 15, 17, 21, 27, 28, 29 y 30; aceptó el 2, 16, 18, 19, 20, 23, 24, 25 y 26; dijo que el 3 era parcialmente cierto y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor



de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 17, 27 y 30 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 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 que realizó la señora LUZ ELENA TORRES PARRA, identificado(a) con CC. 41.900.032, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el día 26 DE DICIEMBRE de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 LUZ ELENA TORRES PARRA, identificado(a) con CC. 41.900.0321, 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 2 de agosto de 1985, 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 PROTECCIÓN S.A y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a (1/2) medio SMLMV a cargo de éstas.*

SEXTO: *Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.”*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no bastaba con el formulario de afiliación; que aplica la línea jurisprudencia de la CSJ; que no se puede extraer confesión del interrogatorio de parte; que la AFP no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que existió una indebida valoración probatoria, pues existe confesión por parte de la demandante de que existió una asesoría precontractual de manera verbal donde se le dio la información para realizar su traslado; que la única persona que puede acreditar que se le brindó una asesoría es la misma demandante; que esa declaratoria de ineficacia no puede afectar a Colpensiones puesto que es un tercero de buena fe; que no es procedente declarar la ineficacia ni condenarlo en costas como quiera que no es vencida en juicio; que la demandante recibió extractos y estaba conforme con ellos.

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 Luz Elena Torres Parra, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,



mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCIÓN en el año 1995, 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 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 de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Luz Elena Torres Parra, 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 S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

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

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

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.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, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.



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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por 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, contrario a lo dicho por la apoderada de Colpensiones, 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 informaron es que el ISS se iba acabar y que debía afiliarse a un fondo. Ni tampoco se suple el deber de brindar la información necesaria al momento del traslado con el envío de extractos como lo pretende la apoderada de Colpensiones.

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.”

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional 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

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 37-2021-00166-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: GUSTAVO ALFONSO MEDINA RIVEROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 jurisdiccional de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de diciembre de 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO ALFONSO MEDINA RIVEROS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE nulidad de su afiliación a la AFP Porvenir realizada en febrero del 2002; se DECLARE que la AFP Porvenir actuó dolosamente al informar al actor sobre las desventajas del traslado del RPMPD al RAIS. Como consecuencia se CONDENE a la AFP PROVENIR a trasladar los dineros depositados en la cuenta individual del actor al RPMPD administrado por Colpensiones, junto con los rendimientos; se CONDENE a COLPENSIONES a recibir los dineros trasladados, proceda afiliar actor en el RPMPD y actualice su historia laboral, sumas que deberán pagarse de manera indexada junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 01 de agosto de 1960; que era beneficiario del RPMPD; que estuvo afiliado al ISS desde enero de 1980 a enero del 2002; que por engaño de los asesores de la AFP Porvenir se afilió a dicha entidad; que la AFP Porvenir omitió suministrar información veraz y suficiente en el sentido de manifestar de manera clara y expresa la pérdida de los beneficios del RPMPD; que la AFP faltó al deber legal de suministrar información oportuna y veraz al momento de realizar la afiliación del actor; que cotizó al ISS 1134.1 semanas; que ha cotizado al RAIS 976.7 semanas; que solicitó su traslado al RPMPD 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, 3, 7, 10, 11, 16 y 17; negó el 9; dijo que el 13 no era un



hecho; y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373-2021, 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 y la innominada o genérica

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle el 11, 2, 3, 9, 10, 11, 16 y 17 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor GUSTAVO ALFONSO MEDINA RIVEROS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 21 de diciembre de 2001. En consecuencia, se **DECLARA** válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES , todos los todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los



rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV, cifra que se liquidará en su debida oportunidad por parte de Secretaría.

QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no bastaba con el formulario de afiliación; que aplica la línea jurisprudencial de la CSJ; que no se puede extraer confesión del interrogatorio de parte; que la AFP no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del mismo. Que con el formulario de afiliación se pruebe su consentimiento pero no que fue informado y que la AFP no cumplió la carga probatoria que tenía, pues no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión **Colpensiones** interpone recurso de apelación argumentando que el Despacho omitió ordenar que las sumas deben pagarse de manera indexada, pues la decisión de declarar la ineficacia afecta la sostenibilidad financiera. Que en caso de confirmarse se confirme la absolución de costas.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación presentado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Gustavo Alfonso Medina Riveros, 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 2001, entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

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

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



Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad 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 Gustavo Alfonso Medina Riveros, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2001; 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 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 del demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio



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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir, es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 2001, 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 lo único que se le informó al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar y que perdería sus aportes, es más señala que ni siquiera estaba un asesor del fondo sino que la información le fue brindada por la empresa en la que laboraba, lo cual coincide con la declaración del señor Carlos Alberto Sánchez Gutiérrez quien fue citado como testigo.

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.

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 2001**, 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 debe ser objeto de modificación como lo solicita Colpensiones en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar



la procedencia del traslado de los mismos **debidamente indexados**, 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 pensiona.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón al 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 debidamente indexado, 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 **modificar** la sentencia frente a este punto, en el sentido de indicar que dichas sumas deben devolverse indexadas.

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 el numeral segundo de la sentencia recurrido en el sentido de CONDENAR a la AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas a título de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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



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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 08-2020-00170-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: FLOR ESCILDA BRICEÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y LAURA BOTÍA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 la persona natural demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 17 de noviembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora FLOR ESCILDA BRICEÑO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el señor Rodrigo Botía Flórez, quien falleció el 22 de agosto de 2019, causó derecho a pensión de sobreviviente en favor de sus beneficiarios, que es beneficiaria en su calidad de compañera permanente del causante de dicha prestación en la proporción que legamente le corresponde, con efectividad a partir de la fecha de fallecimiento; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la entidad de seguridad social demandada al pago a su favor de dicha prestación, junto con intereses moratorios y de manera subsidiaria indexación de las sumas objeto de condena.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que a través de resolución 452 de 2004, el ISS le reconoció pensión de vejez al señor Rodrigo Botía Flórez, a partir del 13 de abril de 2003, siendo modificada por acto administrativo 11239 de mayo de 2004, que el señor Rodrigo falleció el 22 de agosto de 2019, que contrajo matrimonio católico con el causante el 15 de agosto de 1977, unión de la que procrearon 2 hijos, que el 28 de mayo de 2007, se divorciaron de mutuo acuerdo, que el causante era fumador y padecía enfermedad pulmonar obstructiva crónica, por lo que en razón de dicho estado de salud, se trasladó a vivir al Municipio de la Mesa – Cundinamarca, municipio en el que habitó diferentes inmuebles, mientras ella siguió viviendo en la casa matrimonial en la ciudad de Bogotá en razón de su trabajo como docente.

Que a pesar de dicha distancia, continuó en contacto con el causante, en un principio de manera telefónica, ya que él seguía pendiente de su situación familiar en lo referente a sus hijos y a la vida personal de ambos, siendo amigos por un lapso aproximado inferior 2 años, que transcurrido un lapso de tiempo, el causante le insistió que se dieran una segunda oportunidad como pareja y en febrero de 2009, ella acepta volver con quien fuera su esposo, ahora en calidad de compañeros permanentes, que a pesar de que ella residía en Bogotá y él en la Mesa por motivos de salud, se reunían semanalmente en cualquiera de los lugares de habitación, a veces como pareja, en otras ocasiones con sus hijos, siempre compartiendo el mismo lecho en calidad de pareja, brindándose amor, solidaridad, acompañamiento en la salud y enfermedad y apoyo económico mutuo a pesar de la distancia.

Refiere que en el año 2018 encontrándose en el Municipio de la Mesa, el causante sufrió una infección urinaria severa, por lo que fue remitido a Bogotá – Clínica Colsubsidio, que estando hospitalizado, contrajo dengue, que ella era su acompañante permanente ante la decaída de su estado de salud, que para el año 2019, encontrándose el causante nuevamente en la Mesa, le detectaron tumor en el pulmón izquierdo, por lo que fue sometido a tratamientos y cuidados que ella atendió, siempre estando pendiente de su estado de salud y toma de medicamentos, que en junio de dicha anualidad el señor Rodrigo fue operado del tumor que lo aquejaba, que al dársele de alta, permaneció en el hogar matrimonial que ella habitaba, donde continuó con dificultades respiratorias, presentando recaída, por lo que fue hospitalizado en el Hospital Santa Clara, donde fue remitido a la Clínica San Diego ubicada

en Bogotá para la práctica de quimioterapia, falleciendo finalmente el 22 de agosto de 2019, cuando aún se encontraba hospitalizado.

Refiere por último que en el transcurso de la vida del causante siempre lo acompañó hasta el fin de sus días, manteniéndose unidos por espacio de 42 años aproximadamente, los gastos fúnebres por su deceso fueron atendidos personalmente por ella, quien para su círculo social y familiar seguía siendo la esposa del señor Rodrigo, que el causante procreó una hija extramatrimonial y dependiente económica de él, quien también se presentó a reclamar la prestación por sobreviviente y Colpensiones en resolución SUB 302027 de noviembre de 2019, negó el reconocimiento pensional a su favor indicando que no había acreditado la convivencia alegada, decisión que fue recurrida, siendo confirmada y asignándole el 100% de la prestación a la hija del causante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la pasiva LAURA CAROLINA BOTIA, NO se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los No. 1 a 14, 16, 20, 21, 22, 24 a 41 y 7 a 10, y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó nadie puede ser escuchado invocando su propia torpeza, pagos recibidos de buena fe no pueden ser recuperados cuando se giraron a particulares de buena fe y prescripción.

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los No. 1 a 7, 29, 35, 36, 40 y 41, negó el No. 30 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho por falta de causa y título para pedir, no configuración de intereses moratorios.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora FLOR ESCILDA BRICEÑO GONZÁLEZ es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su compañero permanente RODRIGO BOTÍA FLÓREZ (q.e.p.d.).

SEGUNDO: CONDENAR a la accionada COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora FLOR ESCILDA BRICEÑO GONZALEZ la pensión de sobrevivientes a partir del 22 de agosto de 2019, ordenando a la demandada al pago en un porcentaje del 50% de la pensión que disfrutaba el pensionado fallecido, en cuantía no inferior al salario mínimo mensual legal vigente, y a partir del 01 de diciembre de 2020 y de manera vitalicia,

deberá acrecentar el porcentaje a un 100%, valores que deberán ser indexados desde el momento de su causación y hasta el momento efectivo de su pago, frente a las cuales se autorizan los descuentos respectivos al sistema de seguridad social en salud.

TERCERO: ABSOLVER a la accionada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante FLOR ESCILDA BRICEÑO GONZÁLEZ.

CUARTO: ABSOLVER a la accionada LAURA CAROLINA BOTÍA ANGARITA de todas las pretensiones de la demanda.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación demandada y del derecho por falta de causa y título para pedir, **DECLARAR PROBADA** la de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y se releva el Despacho de los demás medio exceptivos invocados. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que no era motivo de controversia la calidad de pensionado que ostentaba el causante por virtud de acto administrativo expedido por el ISS, prestación que le había sido reconocida a partir del 1 de abril de 2003 y que fuera modificada en el 2004 en el sentido de reliquidar la mesada pensional, que en cuanto a la normatividad aplicable a efectos de estudiar el derecho pensional de sobreviviente reclamado, así como la proporción, la CSJ había reiterado que correspondía a la vigente a la fecha del deceso del causante, que para el caso del señor Rodrigo, correspondía a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normas que consagraban los requisitos para ser beneficiario de la prestación.

Señaló que, para la fecha del fallecimiento del causante, la actora contaba con 63 años de edad, por lo que de determinarse la existencia del derecho reclamado a su favor, sería de manera vitalicia, que había quedado probado que esta y el causante se habían unido a través de matrimonio religioso en el año 1977, registro que contaba con anotación de divorcio de mutuo acuerdo tramitado ante el Juzgado 8 de Familia de Bogotá en audiencia celebrada en mayo de 2007, oportunidad en que se decretó la cesación de los efectos civiles de dicha unión y liquidación de sociedad conyugal.

Que conforme las pruebas aportadas, concluyó que la actora había acreditado el requisito de convivencia previsto en el artículo 13 de la ley 797 de 2009, al demostrar que había hecho una vida en común con el causante por un tiempo superior a los 5 años anteriores al deceso de este, como quiera que los testigos habían coincidido en señalar que conocieron de vista, trato y comunicación al causante y por ello, les constó que este mantenía una convivencia continua y permanente con la señora Flor, los testigos Martha Briceño y Plinio Botía, la primera, hermana de la demandante y el segundo, hermano del causante, manifestaron conocerlos como pareja desde que contrajeron vínculo matrimonial y la señora Alcira Patarroyo, dio cuenta de dicha convivencia

durante 12 años previos al deceso del causante cuando empezó a trabajar para él y ninguno de ellos había dudado en señalar que la señora Flor y el señor Rodrigo, siempre se comportaron como una pareja amorosa y se trataban afectuosamente reconociéndolos como un matrimonio estable y no dieron cuenta de separación o discusión alguna entre ellos, no saliendo adelante la tacha propuesta por el apoderado de la entidad demandada en contra de la señora Martha Briceño, pues si bien el dicho de los familiares, se revisaba con más rigurosidad en razón al vínculo de hermandad que sostenía con la demandante, su dicho no se había tornado sospechoso, sino espontáneo y en razón a ese mismo vínculo familiar, le constaban los hechos materia del litigio.

Que de los dichos de los testigos en mención y la también demandada Laura Botía, se había logrado confirmar las manifestaciones de la demandante hechas desde escrito de demanda, en cuanto a que la pareja inicialmente compartía la vivienda ubicada en la ciudad de Bogotá, lo que ocurrió hasta la fecha de divorcio y que con posterioridad alternaron su residencia entre esa ciudad y un apartamento ubicado en el Municipio de la Mesa – Cundinamarca, al cual se trasladó el causante en razón a su estado de salud y la señora Flor continuó residiendo en Bogotá por su trabajo de docente, señalaron los testigos que en la vivienda del municipio de la Mesa, la actora tenía pertenencias de su propiedad y que aun cuando el causante se trasladó de residencia, continuaron con la relación amorosa, ella iba cada fin de semana a encontrarse con él y de no ir, él se trasladaba a Bogotá, igualmente el testigo Alcira Patarroyo, indicó que el causante le presentó a la señora Flor y que la pareja se visitaba cada semana o quincenalmente en cualquiera de los lugares de su residencia, que el apartamento ubicado en el Municipio de la Mesa contaba con 2 habitaciones y allí permanecía la ropa y artículos personales de la demandante, asimismo, el señor Plinio Botía, había ratificado que a su hermano le gustaba el clima cálido y por ello se mudó a la Mesa, identificando a la demandante como la única esposa del causante a la fecha de su deceso.

Conforme lo anterior, señaló que los declarantes reconocían como único núcleo familiar del pensionado fallecido a la señora Flor, sus 2 hijos comunes y la hija extramatrimonial, lográndose demostrar que la convivencia de la pareja se había extendido hasta la fecha del deceso del señor Rodrigo Botía, al indicar los deponentes que fue la actora quien estuvo al tanto del estado de salud de este último, ya en compañía de la hija Laura Botía, quienes fueron registradas como sus acompañantes en diferentes centros hospitalarios en los que recibió atención médica, sumado a que fue la señora Flor quien se

encargó de todos los trámites funerarios y recibió los restos del fallecido. En cuanto al demostrado divorcio de la pareja, también se corroboraba el dicho de la demandante, según el cual, se había separado del causante entre los años 2007 y 2009, no obstante, decidieron retomar su relación sentimental acordando residencias en lugares distintos, pudiéndose colegir que el cambio de residencia del causante había obedecido a su estado de salud como a la crisis económica que afrontó, lo que lo condujo a abrir un establecimiento comercial en el municipio en mención y como lo había indicado la CSJ entre otras en sentencia SL 14237 de 2015, la convivencia debía ser analizada confirme las particularidades de cada caso, pudiendo existir eventos en que los compañeros no convivieran bajo el mismo techo en razón de situaciones particulares de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que no conducía a la desaparición de la comunidad de vida en pareja si subsistían los lazos afectivos y sentimentales propios de esta.

Por ende, había lugar a reconocer a la demandante la prestación reclamada que en principio lo sería a partir del 22 de agosto de 2019, en proporción del 100%, no obstante se había demostrado que desde dicha data se efectuó reconocimiento a favor de Laura Carolina Botía, hija menor del causante, verificándose que había sido retirada de nómina en noviembre de 2020 por cumplimiento de la mayoría de edad, debiéndose condenar a la demandada al pago a favor de la actora de un 50% de la prestación a partir del 22 de agosto de 2019 y a partir del 1 de diciembre de 2020, en proporción del 100%, respecto de los intereses moratorios refirió que solo a través de la decisión judicial, se había determinado la calidad de beneficiaria de la prestación de la demandante, previo debate probatorio propio de este, debiéndose en subsidio ordenar el pago de la indexación.

En cuanto a la excepción de prescripción señaló que, el derecho pensional de sobreviviente se había hecho exigible el 22 de agosto de 2019, la actora había reclamado el mismo el 7 de octubre del mismo año, interponiendo la acción judicial en julio de 2020, no habiendo transcurrido entonces el término prescriptivo y teniendo en cuenta que desde la fecha de causación del derecho la entidad demandada había efectuado el pago de la prestación en un 100% a la hija del causante, Colpensiones se encontraba en la libertad de iniciar los trámites judiciales en aras de obtener las mesadas que reconoció.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando que debía ordenarse el pago de la prestación en las mismas condiciones y características en las que la

devengaba el causante, esto es, por 14 mesadas pensionales a partir de la fecha de causación del derecho. En cuanto a los intereses moratorios la negativa de la entidad demandada en no reconocer el derecho a la demandante, era caprichosa y al margen de toda lógica y racionamiento, basándose en investigación administrativa realizada por un tercero y con sólo revisar el archivo 75 del expediente administrativo, se evidenciaba que no existía fundamento alguno para negar dicho reconocimiento, basándose en el dicho de un vigilante que llevaba solo un año trabajando en el edificio en que se ubicaba el apartamento del municipio de la Mesa, quien manifestó no constarle las preguntas que se le hicieron; sin embargo, todas las declaraciones que le fueron allegadas, fueron coincidentes en afirmar que la actora iba a la Mesa, estaba pendiente del causante, pasando por alto que la solicitud de reconocimiento pensional se elevó de manera conjunta por la demandante y por la hija del causante, Laura Botía, quienes incluso recurrieron la decisión de Colpensiones, no existiendo justificación válida para dicha negativa.

La demandada **Lura Carolina Botía Angarita**, recurrió solicitando pronunciamiento en cuanto a las mesadas pensionales que percibió, ya que había demostrado buena fe en el pago que se hizo a su favor y como lo había anotado el apoderado demandante, coadyuvó la solicitud de la señora Flor al punto de recurrir de forma conjunta las decisiones de Colpensiones mediante las que negó el reconocimiento pensional a esta última, no pudiendo pretender dicha entidad reclamarle la devolución de los dineros que recibió de más cuando era la única competente para determinar las proporciones objeto de pago, cuestión que debía determinarse en el proceso que se adelanta.

Colpensiones, recurrió afirmando que no resultaba procedente la concesión del recurso de apelación interpuesto por la demandada Laura Botía, ya que el despacho no había emitido pronunciamiento alguno a ese respecto, indicó de manera clara la imposibilidad de manifestarse respecto de las sumas devengadas por esta demandada; frente a lo cual, el despacho indicó que si bien se compartían dichas apreciaciones, se concedería el recurso de apelación en aras de garantizar el derecho al debido proceso.

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 **Rodrigo Botía Flórez**, que tuvo lugar el 22 de agosto del 2019 como da cuenta el registro civil de defunción aportado en expediente digital, como tampoco que a dicha data, gozaba de pensión de vejez otorgada por el entonces ISS a través de resolución 452 del 23 de enero de 2004, expedida por el entonces ISS y que fuera allegada en expediente administrativo digital por parte de la demandada Colpensiones.

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.

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 acreditados los requisitos exigidos, por lo que el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer si la actora **Flor Escilda Briceño** en su condición de cónyuge supérstite con vínculo matrimonial disuelto y luego, compañera permanente del causante, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente deprecada.

Una vez revisado el material probatorio recaudado, considera esta Sala que contrario a lo señalado por la demandada en actos administrativos mediante los cuales negó el reconocimiento pensional deprecado, se logra probar la convivencia de la demandante y el causante, por un interregno temporal superior a los 5 años anteriores al fallecimiento de este último, ello, por cuanto las declaraciones vertidas por los señores Martha Briceño, Plinio Botía y Blanca Alcira Patarroyo, los primeros hermanos de la demandante y del causante respectivamente y la señora Blanca, quien manifestó trabajar para el señor Rodrigo en vida; resultaron naturales y espontáneas, afirmaron de manera coincidente que la demandante sostenía

una relación sentimental con el causante previo a su deceso, que ante la sociedad y la familia, siempre fueron esposos, pues se comportaban como tal, que si bien sostuvieron dicha relación a distancia por cuestiones de salud del causante, siempre existió el vínculo de compañía, ayuda y socorro mutuo propio de una pareja, lo que en efecto corrobora esta sala con las documentales expedidas por las diferentes instituciones médicas en las que fue atendido el causante para el tratamiento de sus padecimientos y que dan cuenta, que en más de una ocasión quien acompañó al señor Rodrigo, fue la señora Flor, aunado a ello, también corroboraron la afirmación según la cual, cuando el causante se trasladaba del Municipio de la Mesa en el que residía a Bogotá, para encontrarse con la demandante, pernoctaba en la casa matrimonial de ambos, ubicada en el barrio José Joaquín Vargas.

Así las cosas, contrario a lo señalado por la demandada, las pruebas vertidas en el trámite procesal, dan cuenta que se logra controvertir el contenido de la investigación que efectuó Colpensiones en sede administrativa, pues otra es la realidad que consigna la misma, 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.

De igual forma, se advierte que el hecho de que los demandantes tuvieran lugares distintos de residencia, no impide el reconocimiento pensional que se confirmará en esta instancia, al quedar demostrado como se señaló que sostuvieron la relación de pareja a pesar de la distancia territorial, la que obedeció al estado de **salud** del causante y el **trabajo** como docente en la ciudad de Bogotá de la actora, cuestión que también ha sido estudiada por la Sala Laboral de la CSJ, entre otras en sentencia SL 2560 de 2023, M.P. Marjorie Zúñiga Romero, oportunidad en que indicó a ese respecto:

*Ahora bien, esta Sala estableció unas excepciones a la mencionada regla general de convivencia, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, reiterada en CSJ SL3813-2020 se **estimó que aun cuando la pareja no pueda permanecer en un mismo lugar por razones de trabajo, salud, fuerza mayor o por cualquier motivo ajeno a su voluntad, ello no conlleva inexorablemente a que desaparezca la comunidad de vida.***

Además, dijo la Corporación que la vivencia común se mantiene «si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio» (CSJ SL3813-2020).

De manera que la jurisprudencia laboral ha concluido que la cohabitación debe ser evaluada de acuerdo con las particularidades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los cuales, cónyuges o compañeros no residan bajo el mismo techo; pero subsistan aspectos que indiquen en forma inequívoca que la relación afectiva permanece (CSJ SL3202-2015). (negrilla fuera del texto original)

Determinado lo anterior y respecto del argumento de la demandada Laura Botía, también esbozado en alegaciones; como bien lo adujo la decisión de instancia, durante el trámite procesal no fue materia de discusión las sumas de más que recibió por concepto de mesada en su calidad de hija del causante, por lo que no era procedente emitir orden alguna sobre el particular, lo que en efecto no se hizo a pesar de que conforme los argumentos del recurso, esta parte parece reprochar devolución de sumas de dinero que se itera, **no fueron ordenadas**, por ende, dicha cuestión debe resolverse en trámite distinto a este proceso.

Es así como se determina la procedencia del reconocimiento pensional dispuesto en primer grado, a partir del 22 de agosto del 2019, fecha de fallecimiento del causante, verificándose que la suma por concepto de retroactivo pensional señalado en la instancia, se encuentra liquidado en debida forma.

Ahora, en cuanto a los **intereses moratorios**, se determina que como bien lo indica la parte demandante en su recurso y alegaciones, resulta procedente dicha condena, por cuanto la demandada incurrió en mora en efectuar el reconocimiento pensional a favor de la demandante, cuando esta acreditó los requisitos para el efecto, ya que como se señaló, las pruebas que aportara en su momento ante la demandada, también permitían inferir la convivencia alegada, tan es así que la aquí demandada Laura Botía, hija del causante no negó el vínculo que sostuvo la demandante con su padre hasta la fecha de deceso de este y de manera conjunta con la señora Flor, recurrió ante la entidad demandada el acto administrativo mediante el cual se le negó el reconocimiento de la pensión a esta última, siendo claro que su decisión se tornó caprichosa; por lo anterior, se dispondrá **REVOCAR** el numeral TERCERO de la decisión recurrida, para en su lugar, ordenar el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del **8 de diciembre de 2019**, atendiendo que la actora reclamó ante Colpensiones el reconocimiento prestacional, el 7 de octubre de dicha anualidad, como se determina del contenido de la resolución GNR302027 del 1 de noviembre de 2019 y que obra en expediente digital, lo que igualmente impone **revocar** la parte pertinente del numeral

SEGUNDO de la decisión, en cuanto ordenó la indexación de las sumas objeto de condena.

De otro lado, no se configura el fenómeno prescriptivo atendiendo a la fecha del fallecimiento del causante, que tuvo lugar en el 2019, en la misma anualidad fue reclamado el derecho pensional por la demandante e interpuso la acción judicial objeto de pronunciamiento en el año 2020.

Por último, no hay lugar a variar la forma en que se ordenó el reconocimiento pensional en la instancia, pues como es bien sabido, la entidad de seguridad social, debe reconocer este en las mismas condiciones en que venía siendo disfrutado por el causante.

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 la parte pertinente del numeral SEGUNDO de la decisión, en cuanto ordenó la indexación de las sumas objeto de condena.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral TERCERO de la decisión recurrida, para en su lugar, ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a efectuar el pago a favor de la demandante de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del **8 de diciembre de 2019**, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida en primera instancia

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



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 16-2020-00337-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: RAÚL MORALES MORALES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 Diéciseis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de noviembre de 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

El señor RAÚL MORALES MORALES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado del demandante al RAIS ante la omisión de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR del deber de



información; se ORDENE su traslado y afiliación al RPMPD como si nunca se hubiera ido de dicho régimen; se ORDENE a la AFP PORENIR la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del CC, gastos de administración o cualquier otro debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del artículo 963 del C.C.; se CONDENE a la AFP PORVENIR en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte de dicho fondo que la siga pagando hasta tanto sean trasladados todos los recursos a Colpensiones para financiar la pensión y sea incluido en nómina de pensionados; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en pensiones a partir del 01 de agosto de 1978; que se trasladó al RAIS el 21 de febrero de 1995; que la AFP Horizonte a través de su asesor sólo se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para la afiliación sin entregarle información completa, veraz y oportuna respecto de los beneficios y consecuencias de su traslado; que solicitó se anulara su 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, 17, 18 y 23 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.

Por su parte, la **AFP PORVENIR**, no contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, por lo que el fallador de primera instancia la tuvo por no contestada mediante auto del 27 de octubre del 2022.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ocurrida en cabeza del demandante, señor RAÚL MORALES MORALES, identificado con cédula de ciudadanía número 19.451.181 y que tuvo lugar el día 21 de febrero de 1995, y con efectividad desde el 1° de marzo del mismo año, por ante la AFP Horizonte, hoy día AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de Ahorro Individual del demandante Señor RAÚL MORALES MORALES, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, incluyendo los valores correspondientes a capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general toda suma y concepto que haya integrado las cotizaciones que se realizaron en favor del demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recepcionar los recursos conforme se condenó en los numerales anteriores y actualizar la historia laboral del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, del cual se declara como el único al cual en forma válida se ha encontrado afiliado el demandante en el sistema general de pensiones.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de la instancia al extremo demandado, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente y de Un Cuarto De Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES respectivamente como valor de las agencias en derecho.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el presente caso debe estudiarse bajo la figura de la ineficacia del traslado; que se debe revisar cada caso en concreto teniendo en cuenta la jurisprudencia de



la CSJ; que la ineficacia no se sana con el paso del tiempo y que la AFP no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que lo hace únicamente en cuanto a las costas, para que se revise la decisión y se revoquen, pues es un despropósito condenarla, como quiera que nunca intervino en el negocio jurídico del traslado de régimen y, si bien se opuso con base en un sustento normativo, lo cierto es, que como no intervino no puede decidir frente a esa ineficacia. Que la presente decisión es por un cambio jurisprudencial.

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 Raúl Morales Morales, 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 HORIZONTE hoy PORVENIR en el año 1995, fondo en el que se encuentra afiliado 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 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, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Raúl Morales Morales, 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 Horizonte hoy Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor 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 Horizonte hoy 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 del 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 al actor.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del 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 en este caso PORVENIR ni siquiera allegó el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1995, ni contestó la demanda pese haber sido notificado en debida forma.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron es que podía pensionarse cuando quisiera y con el monto que quisiera.



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, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno como lo pretende Colpensiones en sus alegatos, 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 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 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, como lo pretende 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)*

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

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

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 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

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2021-00376-01

ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: YANETH DEL PILAR SÁNCHEZ YAÑEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de noviembre del 2023. Proceso que pasó al Despacho por ponencia derrotada al H.M. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY.

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 **YANETH DEL PILAR SANCHEZ YAÑEZ** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen pensional realizada a **PORVENIR** y, en consecuencia, se ordene a la AFP demandada a trasladarla al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones y rendimientos, y a **COLPENSIONES** a recibirla sin solución de continuidad, junto con los condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 18 de marzo de 1962, inició su vida laboral el 18 de julio de 1984 haciendo aportes al Instituto de Seguros Sociales; el 16 de febrero de 2004 se vinculó al Instituto Nacional de Cancerología, entidad a través de la cual se enteró que estaba afiliada a HORIZONTE Pensiones y Cesantías hoy **PORVENIR**, pero no hizo nada por cuestiones de ignorancia y sólo cuando cumplió 47 años supo que hasta esa fecha se podía trasladar de régimen pensional; una vez se enteró que no podía trasladarse acudió a **PORVENIR** a indagar sobre su vinculación en pensiones, AFP que le dio a conocer el formulario de afiliación con COLPATRIA del 11 de febrero de 2000, donde figura como empleador Impulso Temporal, pero que no recuerda haber recibido asesoría alguna; el 02 de julio de 2021 radicó petición ante las demandadas solicitando la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, petición que fue negada; que en la AFP la mesada ascendería a la suma de \$1.264.900 mientras que en COLPENSIONES sería de \$2.276.845.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado



de régimen pensional, la petición presentada y su respuesta, las semanas cotizadas y proyección de mesada, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; *prescripción de la acción de nulidad*; *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la presentación de las diferentes solicitudes y sus respuestas, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 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 y la innominada o genérica*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado el cinco (05) de febrero de 2000 por la señora YANETH DEL PILAR SANCHEZ YAÑEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. así como su posterior traslado por fusión a la AFP HORIZONTE en el año 2000 y a PORVENIR en el año 2014.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido tanto dicha AFP como las AFP que la antecedieron y que se fusionaron con esta, es decir, COLPATRIA y HORIZONTE, como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo en dicha devolución los porcentajes que fueron destinados a gastos de administración y al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con lo explicado ampliamente en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante YANETH DEL PILAR SANCHEZ YAÑEZ al régimen de prima media con prestación definida sin solución de



continuidad., a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar en la historia laboral de la demandante los tiempos cotizados por esta en el RAIS.

CUARTO: *Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.*

QUINTO: CONDENAR *en COSTAS a la sociedad AFP PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho en favor de la parte demandante la suma de 2 SMLMV.*

SEXTO: CONCEDER *el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.”*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de demostrar el deber de información recae en la AFP, y al revisar las pruebas no se advierte que la AFP le haya brindado a la demandante toda la información completa, clara y oportuna que se requería para materializar su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni siquiera la afiliada tuvo una reunión directa con los asesores de la AFP, es decir, no tuvo nunca la oportunidad de que le entregaran información, por lo que dedujo que no se cumplió con este deber y no se podía realizar el traslado sin ese mínimo contacto por parte de los asesores.

Preciso que si bien la Sala Laboral de este Tribunal en un proceso similar señaló que la AFP no había incurrido en violación al deber de información dado que no se había surtido reunión previa con la demandante, considera que esa tesis no resulta acorde con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en la que se exige la entrega de la información para materializar el traslado y, por tanto, que resulta viable la declaratoria de la ineficacia del traslado.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora YANETH DEL PILAR



SÁNCHEZ YAÑEZ, 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 COLPATRIA hoy PORVENIR en el año 2000, entidad en la que se encuentra afiliada actualmente la actora.

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

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



quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que le hubiera brindado a la señora Yaneth del Pilar Sánchez Yáñez información alguna o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que Colpatria hoy Porvenir, faltó al deber de información pues debió indicarle a la demandante en forma clara todo aquello que resulta 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 inicial.

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 a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre



otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no se le brindó ninguna información y que ni siquiera estuvo presente un asesor de la AFP al momento del traslado.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, 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 2000**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, como lo pretende 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 cuales no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del***



capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

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

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

Sin costas en este 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 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 estudiada en grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

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



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVO VOTO, POR CUANTO AFP NO INTERVINO
EN ACTO DE TRASLADO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 12-2019-520-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS ARTURO CAMACHO MEDINA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y BANCOLOMBIA S.A.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 el 12 de diciembre de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas por parte del demandante y la demandada Bancolombia S.A.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ARTURO CAMACHO, por intermedio de apoderado judicial, solicita que se condene a la demandada Bancolombia S.A., a reconocer, liquidar y pagar el valor del cálculo actuarial a órdenes de Colpensiones, respecto de los aportes pensionales adeudados y no cancelados junto con intereses de mora, ordenando a Colpensiones la elaboración de dicho cálculo y acreditación del respectivo cálculo en su historia laboral luego de sufragado el mismo por parte

de la entidad bancaria demandada; de manera subsidiaria solicita se condene a Bancolombia S.A., al pago del valor de la diferencia entre el bono pensional actual y el reportado por Porvenir S.A.

Como soporte de sus pretensiones señaló laboró al servicio de la Corporación Financiera Suramericana hoy Bancolombia S.A., entre el 8 de noviembre de 1983 al 30 de febrero de 1988, que durante la vigencia del contrato esta demandada efectuó los descuentos con destino al sistema de seguridad social en pensiones, los cuales debieron ser girados al ISS, que actualmente se encuentra afiliado al fondo de pensiones Porvenir S.A., entidad que no ha emitido el bono pensional, al no ser posible encontrar los aportes a pensión con relación a los periodos en que laboró para Bancolombia S.A., que al reclamar el pago de los mismos ante las demandadas, estas le indicaron la misma circunstancia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada BANCOLOMBIA S.A., negó los hechos contenidos en numerales 1, 2 y 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas - cobro de lo no debido, compensación, prescripción y buena fe.

Por su parte Colpensiones, contestó aceptando parcialmente el hecho contenido en numeral 4 y manifestó no constarle los demás, se opuso a las pretensiones de demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, condenando a este último en costas.

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez de primer grado:

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme se indicó en la etapa de fijación del litigio, el problema jurídico se centrará en determinar, para la CORPORACIÓN FINANCIERA SURAMERICANA hoy BANCOLOMBIA del 28 de noviembre de 1983 a febrero de 1988 y si como consecuencia de ello, BANCOLOMBIA debe reconocer y pagar el cálculo actuarial respecto de los aportes a pensión adeudados

junto con los intereses de mora, que para el efecto elabore COLPENSIONES, por el periodo en comento, quien deberá acreditar los aportes en su historia laboral una vez efectuado el pago del cálculo. En subsidio de lo anterior, si BANCOLOMBIA debe pagar la diferencia del bono pensional con relación a la diferencia entre el bono actual y que reporta PORVENIR y entre el valor del bono si se hubieran efectuado los aportes.

CONTRATO DE TRABAJO CON LA CORPORACIÓN FINANCIERA SURAMERICANA HOY BANCOLOMBIA S.A.

Al respecto, se tiene que según el artículo 24 del CST, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”, de donde se colige que basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende, del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, donde puntualizó:

“Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio del demandante para con CORPORACIÓN FINANCIERA SURAMERICANA hoy BANCOLOMBIA, se tiene que el actor en el interrogatorio que rindió, señaló que se retiró en noviembre del 87 u 88 y reclamó que le arreglen la certificación que dice 30 de febrero de 1988, cuando se le preguntó que porque pide que le arreglen la certificación si se retiró en la fecha en comento, refirió que esa era la fecha de inicio. Cuando se le pidió que aclarara porque la certificación dice que entró a trabajar el 28 de noviembre de 1983 y se retiró el 30 de febrero de 1988, a lo que él en pregunta anterior refirió que se retiró el 30 de noviembre de 1987, sostuvo que reclamó lo de la certificación hace años, no sabe cuál es cual, pero lo que estaba en la certificación aportada al proceso es correcta. Indica que no sabe cuando entró a laborar. Menciona que como dice el documento laboró desde enero hasta noviembre, salvo febrero que reclamó cuando le dieron una certificación, desde hace mucho tiempo sabe que es ese periodo. Asegura que una persona de la oficina de la carrera 7ª, una secretaria fue quien le entregó la certificación. Finalmente, expone que SURAMERICANA lo afilió al ISS y le hizo descuentos al sistema pensional y que durante la relación laboral no reclamó los aportes.

En igual sentido, se aportó por el demandante comunicación de diciembre de 2014 (página 10 archivo 1), emanada de BANCOLOMBIA y con destino a COLPENSIONES, en la que hace constar que el demandante laboró al servicio de la CORPORACIÓN FINANCIERA SURAMERICANA desde el 28 de noviembre de 1983 hasta el 30 de febrero de 1988, señalando además que estuvo afiliado para los riesgos de IVM bajo el numero patronal 01008208726.

En cuanto al valor probatorio de las certificaciones, de acuerdo con la múltiple jurisprudencia de la Corte Suprema, el juez laboral debe tener por cierto el contenido de lo que se exprese en las constancias de trabajo expedidas por el empleador, salvo que las demás pruebas arrimadas al plenario no corroboren lo allí certificado.

Así mismo, aparece en las páginas 6 y 7 archivo 17 y en la carpeta expediente administrativo, reporte de semanas tradicionales del actor, en el que aparecen como novedades correlacionadas con el número de patronal 01008208726 y afiliación 012374985 las siguientes fechas: 16/01/1984, 01/10/1984, 01/03/1985, 01/04/1986, 01/04/1987 y 29/04/1988, las cuales, contrario a lo señalado por la apoderada de BANCOLOMBIA en sus alegatos no corresponde a novedad de ingreso y egreso sino a posibles cambios de salario.

Novedades estas que no se ven reflejadas en el reporte de semanas actualizado del actor (páginas 9 y 10 archivo 17) y que según COLPENSIONES (páginas 3 a 5 archivo 17), se debe a:

Es preciso informar que así como el empleador debía registrarse ante el ISS para efectuar sus cotizaciones, también debían registrarse los trabajadores para el registro de las cotizaciones, de manera tal que el ISS, con base en la información suministrada por el empleador, le asignaba a cada afiliado un número conocido como número de afiliación.

Existen dos tipos de números de afiliación, la primera de ellas es la afiliación tradicional y la segunda es la afiliación cédula.

El número de Afiliación Tradicional es un código asignado por el ISS a un afiliado hasta la entrada en vigencia del número de afiliación - documento en agosto de 1982. Este número depende de la seccional en la cual el trabajador se haya afiliado y está conformado por nueve (9) dígitos así:

- ✓ Los primeros dos dígitos identifican la seccional que asignó el número de afiliación
- ✓ Los siguientes siete dígitos corresponden al consecutivo de los números asignados por la seccional.

El número de Afiliación cédula fue Asignado desde 1982, este número conecta el número de Identificación ante la Registraduría Nacional del Estado Civil con el número de afiliación del ISS. También está conformado por nueve (9) dígitos y su asignación va ligada al cupo numérico de la cédula de ciudadanía.

Es preciso señalar que adjunto a la petición se observa historia laboral tradicional expedida por el ISS, en la cual aparecen relacionados los periodos de cotización objeto de su petición, no obstante ello se observa además que dichos registros aparecen en la historia como novedades no correlacionadas.

Las novedades no correlacionadas son registros que si bien se encuentran en la historia laboral no son cargadas en el registro de novedades y en el total de semanas cotizadas debido a que entre dichas novedades y el afiliado no existe relación alguna que permita inferir que las cotizaciones le pertenecen.

Y finaliza COLPENSIONES,

Teniendo en cuenta lo anterior le informamos que con base en los documentos adjuntos a la petición se observa que el empleador CORPORACION FINANCIERA SURAMERICANA certifica que las cotizaciones para los periodos entre 1984/01 hasta 1988/04 respectivamente fueron realizadas a favor de CARLOS CAMACHO MEDI mediante afiliación 012374985, no obstante, de acuerdo con nuestro archivo físico microfilmado se observa que las novedades no presentan ningún tipo de documento correlacionado con el tipo y numero de documento de identidad y/o fecha de nacimiento, por ende, no existe información suficiente para determinar que las novedades hechas con afiliación 012374985 pertenezcan al ciudadano en cuestión.

Adicionalmente y tal como se informa en el primer párrafo de esta comunicación y revisadas las novedades como fueron reportadas por el empleador frente a la información suministrada por la

Registraduría nacional del estado, existen una serie de ciudadanos que cuentan con la misma conformación de nombre, de esta manera, se determina que existe la casuística de homonimia:

Documento No.	Primer Apellido	Segundo Apellido	Primer Nombre
79424529	CAMACHO	MEDINA	CARLOS
19286787	CAMACHO	MEDINA	CARLOS
7525422	CAMACHO	MEDINA	CARLOS
12129756	CAMACHO	MEDINA	CARLOS
16751980	CAMACHO	MEDINA	CARLOS
13525614	CAMACHO	MEDINA	CARLOS
1001183177	CAMACHO	MEDINA	CARLOS
13959173	CAMACHO	MEDINA	CARLOS

Finalmente, BANCOLOMBIA allegó comunicación del 16 de agosto de 2022 (archivo 14), en la que le indica al actor que revisados los archivos físicos no se encontró información sobre la vinculación con el Banco.

Conforme a las pruebas antes reseñadas, encuentra el despacho que no se probó la prestación personal del servicio del actor con la CORPORACIÓN FINANCIERA SURAMERICANA hoy BANCOLOMBIA, en tanto existen serias contradicciones que no permiten inferir la existencia de dicha prestación y por ende del contrato de trabajo, con esa entidad.

Lo anterior teniendo en cuenta que si bien el demandante en el hecho 1 de la demanda, refiere que laboró para dicha Corporación del 28 de noviembre de 1983 al 30 de febrero de 1988, lo cual se acompasa con las fechas que refiere BANCOLOMBIA en la comunicación remitida a COLPENSIONES en diciembre de 2014 (página 10 archivo 1), lo cierto es que lo allí expuesto no se acompasa con lo referido por el actor en su interrogatorio y menos aún con la realidad si se tiene en cuenta que sabido es, que febrero no tiene 30 días, sumado a que el actor en su interrogatorio presentó serias y notables contradicciones pues no sabe nada de su relación con la Corporación, en tanto refirió que no sabía las fechas, para después decir que laboró hasta noviembre de 1987 o 1988 y posteriormente hacer alusión al 30 de noviembre de 1987, dijo que pidió la corrección de esa certificación, pero luego dice que si laboró los periodos que dice ahí y que no sabe cuándo entró a laborar; de ahí que no resulte lógico que diga que no sabe las fechas, de otras, para finalmente decir que es la que dice la aludida comunicación cuando claramente como se dijo, el 30 de febrero no existe y aun cuando del del dicho del actor se infiriera que lo que quiso decir fue 30 de noviembre, lo cierto es que no se aportó ningún otro documento que lo corrobore.

Aunado a ello, tampoco se aportó por parte del actor o de Bancolombia documental que soporte lo que se indica en la aludida certificación o comunicación y que según el actor se la entregó una secretaria de la sucursal de la carrera 7ª, al punto que la entidad bancaria con la comunicación del archivo 14, refiere que no existen documentos que den cuenta de una posible vinculación del demandante con dicha entidad.

Refuerza aún más lo que se ha venido exponiendo, en el hecho que COLPENSIONES tenga como novedad no correlacionada los periodos que se dijo aparecen en la historia tradicional con el patronal de la Corporación, pues no se tiene certeza no solo de la relación laboral del actor con esta, sino también de si esas cotizaciones son o no del accionante, en tanto la misma entidad indicó que no existe número de cedula relacionado con esa afiliación ni siquiera la fecha de nacimiento, luego el hecho que aparezcan a nombre de CARLOS MEDINA no quiere decir que sea propiamente el aquí demandante, de ahí que al buscar con el nombre en registraduría aparezcan 8 personas con el mismo nombre, lo que imposibilita al ente de seguridad social incluir unas semanas de las cuales no se tiene certeza a quien pertenecen máxime si en este caso, tampoco se probó la relación laboral con la Corporación ni en la forma que se pide en la demanda y en algún otro extremo.

De suerte que, no pueda tenerse en cuenta la comunicación de diciembre de 2014 para inferir que el actor tuvo una relación laboral con la CORPORACIÓN FINANCIERA SURAMERICANA, pues esta, incluidas las pruebas ya referidas la desvirtúan, al punto que BANCOLOMBIA al contestar los hechos de la demanda la desconoce, de ahí que con solo ese documento no pueda obligarse a BANCOLOMBIA a efectuar algún aporte a nombre del actor y menos aún a COLPENSIONES a tener como válidas esas novedades correlacionadas, cuando claramente no se tiene certeza de la relación laboral con la aludida corporación.

Así las cosas y sin más consideraciones, pues quedó claro que no se probó la relación laboral del actor con la CORPORACIÓN FINANCIERA SURAMERICANA hoy BANCOLOMBIA, es por lo que se absolverá a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte **demandante** recurrió señalando que se había desconocido certificado laboral expedido por el mismo Bancolombia S.A., por lo que se podría inferir con la decisión tomada que el documento era falsificado, no obstante, era un certificado expedido por la demandada en

mención, al que se le debía dar toda la credibilidad y valor probatorio propio de las certificaciones laborales, firmada por la gerencia de Gestión Humana – Región Bogotá, por lo que no tenía sentido que después que el señor Carlos había efectuado la reclamación de sus aportes, Bancolombia nunca negó la relación laboral, por lo que no se explicaba en qué parte del proceso se determinó que dicha documental no tenía validez legal, cuando en ningún momento se alegó que careciera de validez y si bien es cierto Bancolombia no había aclarado los aportes, sería Colpensiones la que debía acreditar los pagos y si tenía razón en que no podía determinar a quién correspondía los pagos y si Bancolombia pagó y pagó mal, debía pagar 2 veces, estando acreditada la relación laboral con la certificación aportada y que no había sido debatido su ilegalidad, siendo válido hasta que una autoridad legal dispusiera lo contrario y el hecho de que el señor Carlos no recordara las fechas, no impedía desconocer los derechos a su favor, ya que la relación laboral entre él y la entidad bancaria había tenido lugar hace más de 30 años y él era un señor de más de 65 años, estando claros tales extremos temporales en la certificación aportada.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación se tiene que el actor pretende el pago de aportes pensionales por los periodos que relaciona en su escrito de demanda señalando haber laborado para la entonces Corporación Financiera Suramericana hoy Bancolombia S.A.; por su parte esta última, aduce que cuando existió la relación laboral alegada, sufragó los aportes correspondientes ante el entonces ISS.

Al respecto, se evidencia que como lo pone de presente el recurrente, aportó junto con escrito de demanda certificación expedida por la entidad bancaria demandada en diciembre de 2014, la que en efecto, no fue objeto de tacha y en la que dicha entidad señala que el demandante laboró para esta, entonces denominada *Corporación Financiera Suramericana*, entre el 28 de noviembre de 1983 al 30 de febrero de 1988 y que dicho empleador cotizó a su favor para los riesgos de IVM al entonces ISS:



Respecto de dicha documental, la decisión de instancia señaló que las demás pruebas aportadas, desvirtuaban lo allí certificado; no obstante a juicio de esta sala ello no ocurrió al no concurrir los presupuestos para el efecto, ya que conforme lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber del empleador desvirtuar el contenido de las certificaciones laborales que ha expedido, caso en el cual, el juez efectuar un juicio valorativo más riguroso; al respecto reiteró en sentencia SL 2600 de 2017, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

*Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente **también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida** (SL14426-2014; SL6621-2017). (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme lo señalado en precedencia y contrario a lo indicado por la decisión de instancia, el empleador **no intentó siquiera desconocer la** relación laboral con el actor, contrario a ello, la aceptó como se verifica de escrito de contestación de demanda, en el que señala que durante la vigencia de la relación laboral con el demandante, este fue afiliado al ISS, entidad con destino a la cual realizó los aportes de manera oportuna para la cobertura de los riesgos de IVM, bajo el número patronal 0100820876, no obstante, no encontró los registros de dichos pagos, acreditando haber oficiado a la hoy

Colpensiones el 9 de diciembre de 2019, solicitándole copias de las microfilmaciones de las planillas de pago del ISS en relación con los aportes realizados por la Corporación Financiera Suramericana, correspondientes al periodo comprendido entre el 28 de noviembre de 1983 al 30 de febrero de 1988, extremos temporales que corresponden a los descritos en la certificación a que se aludió, solicitando igualmente en dicha oportunidad la expedición de la historia laboral tradicional del actor, en la que constaran los aportes realizados a su nombre por el interregno temporal en mención; resultando desacertada la conclusión a la que se arribó en primera instancia respecto de la inexistencia de la relación laboral deprecada, cuando esta fue **certificada y aceptada** por la pasiva Bancolombia S.A., a pesar de que se pretenda desconocer por esta última en etapa de alegaciones.

Ahora bien, el hecho de que la certificación laboral indique que la relación laboral se extendió hasta el 30 de febrero de 1988, no permite restarle valor probatorio a la misma como quiera que se itera, esta no fue desconocida por el empleador, concluyéndose que la consigna de dicha data, pudo obedecer a un error de transcripción y corresponde al último día del mes de febrero de 1988, de igual forma, no puede exigírsele al actor que recuerde con exactitud dichos extremos temporales cuando como lo refiere el recurrente, se trata de una vinculación laboral que tuvo lugar hace más de 30 años.

Así las cosas y acreditada la existencia de la relación laboral alegada, en cuanto a los aportes pensionales que alega Bancolombia S.A. pagó a nombre del actor bajo el número patronal 0100820876, se observa que Colpensiones en respuesta a requerimiento efectuado por el juzgado, a través de comunicación del 28 de noviembre de 2022, indica que en efecto recibió cotizaciones a nombre el señor CARLOS CAMACHO MEDINA mediante afiliación 012374985, no obstante ello, no las imputó a historia laboral al no presentar ningún tipo de documento correlacionado que permitiera evidenciar que estas pertenecían al ciudadano en mención; determinándose la existencia de casuística homonimia, ya que según datos de la registraduría, existían varios ciudadanos con el mismo nombre.

Sobre este particular se observa que a pesar de que la entidad de seguridad social demandada aceptar haber recibido aportes pagados por la entonces Corporación Financiera Suramericana, entre 1984 y 1988, sólo hasta el año

2022, indica que se presenta inconsistencia en los mismos, no obstante en expediente administrativo obra historia laboral tradicional expedida por Colpensiones y aportada en expediente administrativo, en la que se relacionan los aportes efectuados por la sociedad en mención y a favor del actor para los periodos de enero de 1984 a abril de 1988 y si bien contiene las anotaciones de “historia laboral inconsistente” y “novedades no correlacionadas, verifique nombres”, no se evidencia que esta entidad hubiera efectuado alguna labor tendiente a corregir o subsanar tales inconsistencias, simplemente se limita a negar la imputación de dichos aportes esgrimiendo la existencia de varios ciudadanos con el mismo nombre del actor, siendo que como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ, entre otras en sentencia SL1116 de 2022, en relación a la obligación que tienen las entidades administradoras de pensiones de custodiar las historias laborales de los afiliados y sobre el especial cuidado y manejo en la información que certifican al emitir estos documentos por intermedio de sus plataformas digitales o físicas, donde con mayor razón deben procurarlos cuando expiden actos administrativos, que por regla general se presumen legales, de modo que la justificación que expongan para modificar lo certificado a través de otras actuaciones administrativas debe ser razonable y válida; indica la documental en mención:



ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS PERIODO 1967-1994

Documento: 19286787 -C Sexo: Masculino Relación BIZAGI
Nombre Afiliado: CAMACHO MEDINA CARLOS ARTURO
Fecha Nacimiento: 1956/06/24
Afiliaciones: 012374985 919286787

(P) Exonerado Parcial, (T) Exonerado Total

** HISTORIA LABORAL INCONSISTENTE. VERIFICAR **

**NOVEDADES NO CORRELACIONADAS. VERIFIQUE NOMBRES **

RELACIÓN NOVEDADES REGISTRADAS

Número Aportante:	01008208726 P	11	COP FINANCIERA SURAMERICANA												
Afiliación:	Novedad	Fecha	Día	Salario	T.A.	Seguros	Nnc	Aud	E	Inc	Dec	Ete	Anti	Ac027	User
012374985	Ingreso	1984/01/16	14	\$ 79.290	1	P.S.R	S	11							
012374985	Cambio de Salario	1984/10/01	28	\$ 89.070	1	P.S.R	S	11							
012374985	Cambio de Salario	1985/03/01	28	\$ 99.630	1	P.S.R	S	11							
012374985	Cambio de Salario	1986/04/01	28	\$ 123.210	1	P.S.R	S	7							
012374985	Cambio de Salario	1987/04/01	35	\$ 150.270	1	P.S.R	S	11							
012374985	Retiro	1988/04/29	28	\$ 150.270	1	P.S.R	S	11							

Es así como, no resulta de recibo el argumento de Colpensiones respecto de la existencia de varios ciudadanos con el nombre del actor, cuando advirtió tal inconsistencia sólo hasta la actualidad a pesar de contar con dichos aportes desde la década de los 80, aunado a ello y como bien lo refiere el recurrente también en alegaciones, no se demostró y ni siquiera se alegó que

la entidad bancaria demandada hubiera tenido para la misma época de vinculación laboral del actor, trabajadores con el mismo nombre de este, pues de ser así tales aportes hubieran sido objeto de reclamación no sólo por el actor sino por los ciudadanos a que hace relación Colpensiones en su respuesta y el caudal probatorio permite concluir de manera clara que quien ha alegado la contabilización de dichos aportes efectuados por Bancolombia S.A., es el aquí demandante.

Así las cosas, no resulta de recibo que Colpensiones se apropie de unos recursos que recibió por parte de la entidad bancaria demandada a nombre del aquí demandante por virtud de la relación laboral cuya existencia se determinó en esta instancia; por lo que se dispondrá **REVOCAR** la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de la relación laboral entre el demandante y Bancolombia S.A., entre el 28 de noviembre de 1983 al 28 de febrero de 1988 y como consecuencia de ello, se ordenará a Colpensiones, imputar en debida forma dichos aportes en la historia laboral del actor a efectos de que sean tenidos en cuenta para la emisión de bono pensional a que haya lugar en tanto el actor se encuentra afiliado en el RAIS.

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

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de la relación laboral entre el demandante CARLOS ARTURO CAMACHO MEDINA y BANCOLOMBIA S.A., entre el 28 de noviembre de 1983 al 28 de febrero de 1988, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a imputar en debida forma en la historia laboral los aportes

efectuados a su favor por Bancolombia S.A. a nombre del demandante y por los extremos temporales en mención.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de Colpensiones.

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**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



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

PROCESO EJECUTIVO No. 32-2019-00167-02
ASUNTO: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO
DEMANDANTE: GLORIA AMPARO BERNAL VARGAS
DEMANDADO: UGPP

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **DANIEL ANTONIO GENES BENEDETI**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.067.899.781 y tarjeta profesional No. 318.543 del C. S. de la J. en su calidad de representante legal del CONSORCIO ASESORIA JURIDICOS O & J, como apoderado principal de la UGPP y, como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. MAIKOL STEBELL ORTÍZ BARRERA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.019.058.657 tarjeta profesional No 301.812 del C. S. de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión y los alegatos presentados por la ejecutante, se procede a dictar la siguiente providencia:

ANTECEDENTES

La señora GLORIA AMPARO BERNAL VARGAS instauró demanda ejecutiva a continuación del proceso ordinario, por lo que el Juez de Primer Grado mediante providencia del 31 de octubre del 2022 libró mandamiento de pago en su favor y en contra de la UGPP por las siguientes sumas y conceptos:



- Por las *DIFERENCIAS* del mayor valor resultante entre la pensión de vejez reconocida por Colpensiones y la pensión de jubilación convencional a su cargo a partir del 23 de noviembre de 2015 y hasta el momento en que sea incluida en nómina, así como el mayor valor que se continúe generando, teniendo en cuenta la mesada pensional para el año 2015 reconocida por Colpensiones correspondiente a \$1.267.844.00 y la pensión de jubilación convencional que corresponde para tal anualidad a \$1.872.045.00, junto con la mesada 14.
- Por la *INDEXACIÓN* de las sumas objeto de pago retroactivo.
- La suma de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$4.300.000.00) por concepto de liquidación de costas.

El apoderado de la ejecutada presentó excepciones contra el mandamiento de pago. Señaló que presentaba la excepción de pago argumentando que el cupón de pago N° 275711 de septiembre de 2022 se realizó el pago del retroactivo adeudado en favor de la ejecutante por valor de \$43'0.31.746.58.

Frente a lo anterior, la parte ejecutante señaló que en cuanto a la excepción de Pago se opone parcialmente, teniendo en cuenta que si bien la demandada a través de la resolución RDP 020769 del 16 de agosto de 2022 y a través de cupón de pago por parte de FOPEP realizó pago de retroactivo de mesadas pensionales desde el 23/11/2015 hasta el 30/11/2022 por \$ 43.031.746,58, de acuerdo con lo reconocido en la resolución, hay unas diferencias de más de \$28.359.332.

AUTO APELADO

El *A quo* en Audiencia Pública Especial de que trata el artículo 443 del C.G. del P. celebrada el 25 de mayo del 2023 resolvió la excepción al mandamiento de pago formuladas por la ejecutada, de la siguiente forma:

“PRIMERO. DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de pago y NO PROBADAS las demás excepciones formuladas por la parte ejecutada.



SEGUNDO. ORDENAR seguir adelante con la ejecución teniendo en cuenta los cálculos efectuados por el despacho, que hacen parte integral de esta decisión., y la obligación correspondiente al pago de las costas procesales del proceso ordinario.

TERCERO. CONDENAR en costas a la ejecutada y a favor de la ejecutante, tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000.00.

CUARTO. Procedan las partes a allegar la liquidación del crédito...”

Fundamentó su decisión señalando básicamente que se evidencia que lo que aquí se reclama se trata de una pensión compartida, en la que a la UGPP le corresponde el mayor valor. Que al revisar los cálculos realizados por la parte demandante se evidencia que se cometió un error, pues por ejemplo para el año 2015 para citarlo de ejemplo se le estaba cancelando a la demandante una mesada de \$1'478.877.83 y para ese mismo año la pensión reconocida por Colpensiones ascendía a la suma \$1'267.844, es decir, que la UGPP estaba reconociendo una pensión en un mayor valor y le correspondía pagar la diferencia entre la pensión de vejez y la de jubilación; que teniendo en cuenta los reajustes hechos por la UGPP desde el momento en que tuvo conocimiento del reconocimiento de la pensión de vejez, se observa que para el año 2017 a la demandante la UGPP le estaba cancelando \$238.275 menos los descuentos por salud, es decir, en últimas para efectos de calcular el retroactivo pensional no es posible tomar únicamente con fundamento en la diferencia en la pensión de vejez y la pensión de jubilación sino que debe tenerse en cuenta los pagos que ya había realizado la UGPP; que si bien no son en la cuantía que corresponden en la reliquidación que se dispuso en la sentencia no pueden dejar de desconocerse esos pagos realizados y se debe tener en cuenta al calcular el retroactivo. Que el Despacho realizó su propia liquidación. Que el retroactivo solo se calcula hasta agosto del 2022 y se tiene en cuenta la mesada adicional de junio y se calcula para el año 2015 solo 2.27 mesadas teniendo en cuenta la prescripción declarada. Que al valor del retroactivo se le hizo el descuento de los aportes al sistema en salud y al resultado obtenido se le aplicó la



indexación obteniendo un saldo pendiente por cancelar de \$3'109.636.43. que en el pago de los \$43 millones se descontó lo que corresponde a la mesada de septiembre, por lo que se declara probada parcialmente la excepción de pago y se ordena continuar con la ejecución con el saldo adeudado y las costas. Que desde la fecha en que se emitió la sentencia del tribunal y hasta la fecha en que se solicitó la ejecución de la sentencia no había transcurrido el término trienal de prescripción. Finalmente, se fijan como agencias en derecho la suma de \$200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la **ejecutada** interpuso recurso de apelación argumentando que no se encuentra conforme con la liquidación realizada por el Despacho por lo que presenta recurso de apelación en los siguientes términos: que revisado el cupón del pago 275711 del 26 de diciembre del 2022 y haciendo la sumatoria de los valores adeudados la defensa encuentra que existe un valor pagado de **\$44'727.625.74** correspondiente al retroactivo pensional cancelado a la demandante valores que se encuentran indexados por parte de la UGPP. Que no obstante el Despacho considera pagado el valor de **\$42'313.135**, lo cual no es ajustado pues no se tiene en cuenta todos los valores pagados por concepto de reliquidación. Que el valor que se manifiesta no está teniendo en cuenta el valor de mesada ordinaria y la mesada adicional que se pagó con ese retroactivo, por lo que solicita que esta Corporación revoque la obligación como quiera que la UGPP ha expedido los actos administrativos para cumplir con su obligación.

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 Gloria Amparo Bernal Vargas solicitó el cumplimiento de la sentencia, el *A quo* procedió a librar mandamiento de pago por los siguientes conceptos:

- *Por las DIFERENCIAS del mayor valor resultante entre la pensión de vejez reconocida por Colpensiones y la pensión de jubilación convencional a su cargo a partir del 23 de noviembre de 2015 y hasta el momento en que sea incluida en nómina, así como el mayor valor que se continúe generando, teniendo en cuenta la mesada pensional para el año 2015 reconocida por Colpensiones correspondiente a \$1.267.844.00 y la pensión de jubilación convencional que corresponde para tal anualidad a \$1.872.045.00, junto con la mesada 14.*
- *Por la INDEXACIÓN de las sumas objeto de pago retroactivo.*
- *La suma de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$4.300.000.00) por concepto de liquidación de costas.*



Para demostrar el pago de la obligación la UGPP en el archivo 38RespuestaUgppRequerimiento allegó los siguientes documentos:

- (i) Certificación del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel nacional FOPEP en el que se hace constar que la señora Gloria Amparo Bernal Vargas fue ingresada a nómina con el valor de la pensión reliquidada en el mes de septiembre del 2022 y, se relacionan los pagos realizados a la demandante mes a mes;
- (ii) Resolución **RDP 019102 del 27 de julio del 2022** de la UGPP por medio de la cual se reconoció una pensión convencional en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Tribunal Superior de Bogotá Sala de Decisión Transitoria Laboral en la cual ordena reconocer y pagar una pensión convencional a favor de la ejecutante en cuantía de \$1'392.208 a partir del 20 de noviembre del 2007 en 14 mesadas, pero con efectos fiscales a partir del 26 de junio del 2015 por prescripción trienal, correspondiendo como mesada pensional para el año 2015 la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MIL CUARENTA Y CINCO M/CTE (\$1'872.045) y, se ajusta la mesa pensional en el mayor valor a cargo del FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS FOPEP de la pensión de vejez reconocida a favor de la demandante en la cuantía que resulte entre la diferencia del valor de la mesada otorgada por el ISS (patrono) hoy UGPP a partir del 20 de noviembre del 2007 y valor de la mesada reconocida por Colpensiones a partir del 20 de noviembre del 2012.
- (iii) Resolución **RDP 020769 del 16 de agosto del 2022** de la UGPP por la cual se adiciona la Resolución RDP 19102 del 27 de julio del 2022 en los siguientes términos:

(. . .) Que mediante resolución No. RDP 6458 de 21 de febrero de 2017, por medio de la cual se modificó una mesada pensional por compartibilidad, ajustando la mesada pensional en el mayor valor a cargo de EL FONDO DE PENSIONES PUBLICAS FOPEP, de la pensión de JUBILACION reconocida a favor de la señora BERNAL VARGAS GLORIA AMPARO, ya identificado(a), en la cuantía que resulte entre la diferencia del valor de la mesada



pensional otorgada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES PATRONO hoy LA UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL UGPP en cuantía de \$1.162.395 a partir de 01 de mayo de 2008 y el valor de la mesada reconocida por COLPENSIONES en cuantía de \$1.199.803 a partir del 03 de noviembre de 2013. (. . .)

(. . .) ARTICULO SEPTIMO: El Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional pagará al interesado (a) las diferencias que resultaren de aplicar el artículo anterior y la(s) resolución (es) mencionadas en la parte motiva de la presente decisión. (. . .)

- (iv) Resolución **RDP 032480 del 15 de diciembre del 2022** de la UGPP se resolvió reportar a la Subdirección Financiera la suma de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$4.300.000) por concepto de costas procesales y agencias en derecho, a favor de GLORIA AMPARO BERNAL VARGAS ya identificada, a fin de que efectúe la ordenación del gasto y se proceda con su pago según disponibilidad presupuestal vigente.
- (v) **Cupón de pago N° 275711 de septiembre del 2022** del FOPEP en el que aparece que se le pagó a la ejecutante la suma de \$43'031.746.58.

El fallador de primera instancia presentó la siguiente liquidación, con la cual consideró que quedaba pendiente un saldo de **\$3'109.636,43** por lo que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción.

AÑO	MESADA RELIQUIDADADA UGPP SENTENCIA	MESADA UGPP	MESADA COLPENSIONES	DIFERENCIA	MESADAS ADEUDADAS	MONTO ANUAL ADEUDADO	DESCUENTO SALUD	VALOR A INDEXAR	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR DE INDEXACIÓN	MESADAS ACTUALIZADAS
2015	1872045	1478878	1267844	393167	2,27	892489,09	59918,6508	832570,4392	82,47	111,41	1,350915484	1124732,298
2016	1998782	1578998	1353677	419784	14	5876976	604488,96	5272487,04	88,05	111,41	1,265303805	6671297,912
2017	2113712	1669790	1431513	443922	14	6214908	639247,68	5575660,32	93,11	111,41	1,196541725	6671510,216
2018	2200163	1738084	1490062	462079	14	6469106	665393,76	5803712,24	96,92	111,41	1,149504746	6671394,765
2019	2270128	1793355	1537446	476773	14	6674822	686553,12	5988268,88	100	111,41	1,1141	6671530,359
2020	2356393	1861502	1595869	494891	14	6928474	712643,04	6215830,96	103,8	111,41	1,073314066	6671538,798
2021	2394331	1891472	1621562	502859	14	7040026	724116,96	6315909,04	105,48	111,41	1,056219188	6670984,321
2022	2528892	1997773	1712694	531119	9	4780071	509874,24	4270196,76	111,41	111,41	1	4270196,76
VALOR A PAGAR												45423185,43
VALOR PAGADO												42313549
SALDO PENDIENTE												3109636,43

Los reparos presentados por la UGPP consisten en que se equivocó el fallador de primera instancia cuando indicó que se debía descontar la suma de **\$42'313.549** la cual ya había sido pagada por la UGPP, cuando lo correcto era descontar la suma de \$44'727.625.44.



Para resolver el problema jurídico, es necesario precisar que el *A quo* liquidó correctamente el retroactivo adeudado, pues tal y como se señaló en el mandamiento de pago, **se liquidó con las diferencias causadas desde el 23 de noviembre del 2015 y hasta el mes de agosto del 2022**, como quiera que la ejecutante fue incluida en nómina a partir del ciclo de septiembre del 2022 conforme lo certificó el FOPEP.



FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL FOPEP

HACE CONSTAR

QUE EL (LA) SEÑOR (A) GLORIA AMPARO BERNAL VARGAS IDENTIFICADO (A) CON CC NO. 35515634, A LA FECHA REGISTRA LA SIGUIENTE INFORMACIÓN:

Tipo Pensión	Nombre Pensión	Npp	Fecha Resolución	Fecha Efectividad	Fondo	Fecha Suspensión	Fecha Ingreso	Estado	Valor Actual
10	JUBILACION NAL	645817	21/02/2017	01/05/2008	ISS	01/09/2022	01/04/2017	SUSPENDIDA X RELIQUIDACI	0.00
10	JUBILACION NAL	647009	30/11/2009	01/05/2008	ISS	01/04/2017	01/03/2014	SUSPENDIDA X RELIQUIDACI	0.00
10	JUBILACION NAL	2076922	16/08/2022	20/11/2007	ISS		01/09/2022	ACTIVA	923.282.79

Ahora, una vez se calculan las diferencias en la suma de \$45'423.185,4, es claro que, acertó el fallador de primera instancia cuando señala que se debe descontar únicamente **la suma de \$42'313.549 que fue la suma pagada por la UGPP** conforme se evidencia en el cupón de pago N° 275711 del 26 de diciembre del 2022, pues si bien se evidencia que **se pagó la suma de \$43.031.746,58** y no \$44'727.625,74 como lo señala el apelante, lo cierto es, que de la suma pagada \$43'031.746,58 se debe descontar la mesada pensional de septiembre del 2022, pues como ya se dijo el retroactivo únicamente se calculó hasta agosto del 2022.



DAVIENDA		CUPON DE PAGO No. 275711	
6570167384		MES 9	ANO 2022
CIUDAD/DPTO BOGOTÁ D. C. (1) / BOGOTÁ (11)		PAGUESE HASTA 26/12/2022	
IDENTIFICACION CC 35515634		SUCURSAL CENTRO INTERNACIONAL (65) CR 13 # 26-15	
		NOMBRE PENSIONADO BERNAL VARGAS GLORIA AMPARO	
COD.	CONCEPTOS	INGRESOS	EGRESOS
10	JUBILACION NAL	816,197.66	
23	RELIQUIDACION AL 12%	12,789,041.13	
25	RELIQUIDACION MSADA ADICIONAL 0%	2,513,753.58	
43	RELIQUIDACION PAGO UNICO AL 12%	27,488,225.60	
45	RELIQ PAGO UNICO MSADA ADIC 0%	1,936,605.43	
97	MESADA ADICIONAL COMPARTIDA	2,467,723.18	
75	NUEVA EPS		4,979,800.00
Linea de Atención al Pensionado:		48,011,546.58	4,979,800.00
Carrera 7 No. 31-10 Piso 9 Bogotá 601 4227422 Pagina Web: www.fopep.gov.co - Servicios en línea / Contáctenos		NETO A PAGAR	43,031,746.58

Conforme lo anterior, es claro que la liquidación efectuada por el fallador de primera instancia para resolver las excepciones se encuentra ajustada al mandamiento de pago y en ella se tuvieron en cuenta las sumas ya pagadas por la UGPP, quedando un **saldo pendiente de pago por la suma de \$3'109.636,43**, por lo que acertó el *A quo* al declarar probada parcialmente la excepción de pago y ordenar que se siga adelante la ejecución por esta suma y, por las costas las cuales no se evidencia que haya sido pagada.

Virtud de lo dicho habrá de confirmarse en su integridad el auto apelado. Sin costas en esta instancia.

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



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 17-2019-631-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ JUVENAL BELTRÁN

DEMANDADO: CIGARRERÍA TERRAZA 144 S.A.S. Y LORY VANESSA
ORTIZ

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 17 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de noviembre de 2022

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este, alegaciones por la parte demandada, la que solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ JUVENAL BELTRÁN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y el establecimiento de comercio Cigarrería Terraza 144 S.A.S., representado por su propietaria Lory Vanessa Ortiz, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que se pactó de manera verbal entre el 16 de agosto de 2013 al 15 de enero de 2016, data para la cual, fue despedido sin justa causa, que como consecuencia de tal declaración, se condene a los demandados a efectuar a



su favor el pago de las cesantías, interés a la cesantía, primas de servicio, trabajo suplementario, causadas durante la vigencia de la relación laboral, indemnización de que trata el artículo 65 del CST y sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que prestó sus servicios en el establecimiento de comercio Cigarrería Terraza 144 S.A.S., desempeñando el cargo de domiciliario y asistente de administración, en el marco del cual, realizó labores como entrega de pedidos a domicilio, hacer entrega y recibo de productos, surtir estanterías y demás funciones de cajero y administrador, que como salario se pactó la suma de \$900.000 mensuales, suma que se pagó desde su vinculación y hasta la finalización de la relación laboral, que nunca se pagó a su favor prestaciones sociales por la duración de la vinculación, que su labor la ejecutó de manera personal y atendiendo las instrucciones de su empleador, cumpliendo el horario de trabajo pactado que era de 7:00 a.m. a 11:00 p.m.

Afirma que el 15 de enero de 2016, fue despedido sin justa causa por la señora Vanessa Ortiz, que durante la vigencia de la relación laboral no fue afiliado al sistema de seguridad social integral, que citó a la demandada en mención a conciliación ante el Ministerio de Trabajo el 26 de marzo de 2018, a fin de que se cancelaran los derechos laborales a su favor, no obstante, esta no compareció.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el contenido en No. 12, manifestó no constarle los No. 9 y 10 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de contrato de trabajo o vínculo laboral alguno, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, intento de defraudación.

El convocado como listisconsorte MARIO ERNESTO ÑUSTES, negó todos los hechos de demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso



las excepciones que denominó inexistencia de contrato de trabajo o vínculo laboral alguno, prescripción, intento de defraudación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, DECLARÓ probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo propuesta por la pasiva y por el vinculado como litisconsorte necesario y ABSOLVIÓ a los demandados de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, condenando en costas a este último.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que la definición del contrato de trabajo, se encontraba en el artículo 22 del CST y para que este existiera, conforme los términos del artículo 23 del mismo estatuto, se requería la concurrencia de 3 elementos esenciales como lo eran la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia de este respecto del empleador y un salario como retribución del servicio, de igual forma, el artículo 24, modificado a su vez por el artículo segundo de la Ley 50 de 1990, consagraba la presunción en el sentido de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo; sin embargo, para que operaran los efectos de esa presunción, es menester demostrar primero la prestación personal de un servicio a favor o por cuenta de otra persona natural o jurídica, y este primer elemento sustancial de la relación laboral incumbe a quien alega la condición de trabajador, presunción de carácter legal que implica que es posible desvirtuarla, siendo esa una carga que incumbe a la persona frente a la cual se predica la condición de empleadora por haber sido esta la beneficiada con los servicios. Por tanto, resultaba suficiente demostrar ese primer elemento para que operaran los efectos de la presunción referida, siendo eso lo que precisamente sucedía en el caso bajo estudio, pues la prestación de servicio había sido aceptada en la contestación de la demanda, aunque, atribuyendo el mismo a una índole jurídica distinta a la laboral, al señalar los demandados que estuvo desprovista de cualquier continuidad y subordinación y adujeron que el demandante se encargaba de llevar domicilios a los clientes pero no estaba sujeto a órdenes ni subordinación, negaron además esta circunstancia, aduciendo que cuando el demandante no estaba disponible por alguna circunstancia enviaba al hermano.



Que conforme las pruebas aportadas al expediente, obraba constancia de comparecencia al Ministerio de Trabajo presentada con la demanda que daba cuenta que el demandante se presentó el 26 de marzo de 2018, advirtiéndose que la citación se hizo únicamente en relación o se dirigió únicamente al señor Mario Ernesto Ñustes Granja, al Ministerio de Trabajo; conforme a ello, indicó que dicha citación únicamente había sido dirigida contra la persona en mención, quien había sido vinculado al proceso como litis consorte necesario en el extremo pasivo; por su parte, los demandados habían aportado al plenario documento denominado carta única de citación, acompañada de un formulario o formato mejor de liquidación de acreencias sociales, en el cual se informaban unas fechas de ingreso y terminación del contrato, que para el caso del demandante, se consignó, correspondía el extremo inicial al 24 de abril de 2014 y el final 10 de febrero de 2016, en el mismo, se hacía alusión o la reclamación también la formula Francisco Javier Beltrán Quintero con las mismas fechas ya reseñadas.

Se había recepcionado interrogatorio a la codemandada Lory Ortiz, quien informó que el establecimiento de Comercio ya no figura su nombre, que se hizo traspaso, se había vendido hace 5 meses, anotando en relación con los hechos del proceso que el demandante no permanecía en el establecimiento, que algunas facturas se hacían a su nombre, que su esposo Mario Ernesto Ñustes, era la persona encargada de la administración del negocio y que ella únicamente figuraba inscrita en la Cámara de Comercio.

A solicitud de la parte demandante, se recibieron dos testimonios, el señor José Manuel Pinilla Ortega, informó que conoció al demandante en razón a que el testigo trabajaba como guarda de seguridad del mismo conjunto donde queda o quedaba ubicada la cigarrería, anotando que el conocimiento fue como en marzo de 2014, porque él llegó a trabajar al conjunto, refirió que el demandante se desempeñaba como domiciliario de ese establecimiento, entraba al conjunto con los domicilios que se pedían y dice el testigo que siempre vio al demandante desde las 7:00 de la mañana hasta las 9 o 10 de la noche y que él trabajó hasta agosto de 2016, data para la cual, el señor Juvenal quedó laborando en la cigarrería, precisó que vio al actor usando chaleco con logo de la cigarrería. El señor Francisco Javier Beltrán, hermano del demandante y respecto de quien se había formulado tacha de sospecha, refirió que fue don Mario Ernesto quien contrató a su hermano para trabajar como domiciliario, que su hermano Juvenal a su vez



lo recomendó para trabajar allí, que hacía labores de administración porque era administrador encargado, señalando que nunca fueron afiliados a la EPS, que su hermano en el año 2016 cambió de trabajo, que días después de que su hermano se retiró, él hizo lo mismo, refiriéndose al testigo y mencionó además un horario de trabajo en el cual su hermano abría y cerraba el establecimiento, puesto que él tenía llaves de acceso al negocio, recibía pedidos, organizaba, también dijo el testigo que su hermano José Juvenal descansaba cada 15 días, que en una oportunidad pidió permiso para ir al pueblo y Don Ernesto no se lo dio, entonces se presentó una discusión y José Juvenal se retiró; de dicha testimonial resaltó el despacho que el testigo informa que su hermano se retiró en septiembre de 2016, cuando cambió de trabajo y se fue y que él, el testigo, a su vez se retiró días después.

Que si bien, se corroboraba la existencia de la prestación personal del servicio, no resultó posible ubicar los servicios que el demandante pregonó en un espacio o marco de tiempo determinado y la presunción del artículo 24 del CST, no relevaba a la parte demandante de suplir totalmente la carga probatoria, quedaba a su cargo demostrar, entre otros supuestos, los extremos temporales alegados, el salario, la jornada, el tiempo suplementario, entre otros aspectos que le competen demostrar en debida forma, como lo había señalado la CSJ entre otras en sentencia 36549 del 5 de agosto de 2009; evidenciándose algunas incongruencias: en escrito inicial, el demandante nos informa que el contrato tuvo vigencia entre el 13 de agosto de 2013 al 16 de enero de 2016; sin embargo, en la reclamación que dirigió a los demandados, indica que la fecha de ingreso fue el 24 de abril de 2014 y que el contrato se mantuvo hasta el 10 de febrero de 2016, el testimonio rendido por el señor Pinilla Ortega, un testimonio que por lo menos informa respecto de una prestación personal de servicios, se mostraba creíble, pero no así en cuanto a los extremos temporales, pues el testigo informa que estuvo en el conjunto hasta el mes de agosto de 2017, se retiró y que el demandante continuó prestando sus servicios en la cigarrería.

Asimismo, en la pretensión declarativa primera, señalaba que había sido despedido sin justa causa y en el hecho octavo de la demanda señala que el 15 de enero de 2016 fue despedido por la señora Lory Ortiz; no obstante, de acuerdo al testimonio que rindió su hermano Francisco Javier Beltrán, el



contrato, según el testigo, se mantuvo hasta septiembre de 2016, cuando el demandante solicitó un permiso para viajar a su pueblo y le fue negado, lo que generó una discusión entre ellos y motivó la decisión del trabajador de no prestar más sus servicios; no obrando el expediente algún medio de convicción que diera cuenta el salario devengado por el demandante, información que se había quedado en la mera afirmación contenida en la demanda, sin soporte alguno que respaldara su dicho y si bien tal omisión probatoria podría subsanarse acudiendo a la presunción que prevé el artículo 145 del CST, en el sentido de que el demandante no podría haber devengado un salario inferior al mínimo legal mensual vigente en proporción al tiempo trabajado, ello no resulta suficiente para poder acoger la súplica de su demanda, no quedando tampoco demostrado en todo caso el elemento de la subordinación y dependencia, no siendo posible declarar la existencia del contrato de trabajo, al no obrar prueba de los extremos solicitados o indicados por la parte actora, encontrado serias dificultades para poder establecer unos extremos de tiempo que nos enmarquen ese contrato, ya que no podía concebirse que quien acude ante la jurisdicción del trabajo en procura de la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, no pueda ni siquiera fijar un límite, un término inicial y un término final del nexo que pretende que se declare.

En cuanto a la tacha de sospecha formulada al testigo Francisco Javier Beltrán Calderón, si bien es el hermano del actor, de su testimonio se logran extraer elementos que de por sí ya desvirtúan esos servicios en la forma que fueron indicados en la demanda, solo por vía de ejemplo, el extremo final del contrato que el testigo lo ubicó en una fecha bastante lejana del que pregonó el demandante en su escrito inicial, resultando claro que el testigo en mención, se limitó a informar unos hechos, tal y como lo recordó, pero que finalmente era este testimonio el que da soporte para concluir que no se pudo determinar a ciencia cierta un extremo final del contrato.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando que la decisión concluyó que no hubo elementos del contrato de trabajo, cuando si bien es cierto, fueron claros y precisos en el interrogatorio hecho al señor Juvenal, quien fue preciso al señalar a qué horas llegaba, a qué hora salía, qué funciones realizaba y, qué remuneración recibía; si bien es cierto, no había



documentos, pudo demostrarse que esa Cigarrería tenía desorden y no llevaba una contabilidad clara y precisa, fue claro el señor Juvenal en señalar que le cancelaban quincenalmente su sueldo, que para esa fecha, no era el salario mínimo, ya que cuando empezó la relación laboral era de \$900.000, estaba por encima del salario mínimo, existía dicha retribución, un horario de trabajo, una subordinación y un salario que percibía el actor, recibía órdenes del demandado o de la señora Lory Ortiz, quien muy esporádicamente iba a la cigarrería y cuando estaba dentro de la cigarrería impartía órdenes al actor, referentes al aseo del establecimiento de comercio.

Que resultaba absurdo que la cigarrería adujera que el dueño abría a las 6:00 de la mañana y cerraba todos los días a las 10 de la noche, siendo claro que mintieron la demandada y su esposo, el señor Mario Ernesto, en la contestación de la demanda; en cuanto a los extremos temporales, efectivamente los testigos dicen haberlo visto y dieron cuenta de cuántos años transcurrieron desde las funciones de labores hasta cuando el señor juez hizo el interrogatorio, dicen haberlo visto ejerciendo labores y recibiendo órdenes, no resultando acertado indicar que el señor Juvenal no prestaba los servicios en el establecimiento cuando lo contrario afirman los dos testigos, uno en forma directa que era su hermano y el señor José Manuel, guarda de Seguridad, siendo claro su dicho ya que la cigarrería quedaba frente de la entrada del conjunto donde él vigilaba y controlaba quién entraba y quién salía; dichas testimoniales aseveran que sí existió una relación contractual y una dependencia de índole laboral, resultando desacertada la afirmación del juez respecto a que sino tiene los extremos temporales, no hay una relación contractual, siendo la obligación del juez a través de un interrogatorio exhaustivo, llegar a la verdad, lo que no ocurrió porque no interrogó a la al no profundizar en el interrogatorio realizado a la señor Lory Ortiz, quien no colaboró con el juzgado, siendo evasiva y no se buscó un equilibrio de Justicia para el trabajador.

Afirmó que no se podía aceptar la vinculación de oficio que se había dispuesto respecto del señor Mario Ernesto Ñustes, ya que no se le interrogó si quiera para preguntarle si conocía o no al demandante.



CONSIDERACIONES

Para el caso bajo estudio y como lo señaló la decisión de instancia, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio del actor a favor del establecimiento de comercio que para la en que tuvo lugar dicha prestación, era de propiedad de la demandada Lory Vanessa Ortiz, circunstancia que fuera aceptada por esta, al indicar en escrito de contestación de demanda que esporádicamente el actor prestaba sus servicios en la cigarrería en mención haciendo domicilios.

Conforme lo señalado en precedencia y estando como se señaló acreditada la prestación del servicio, se activa la presunción legal prevista en el artículo 24 CST, que indica:

Art. 24. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Respecto de dicha presunción, ha indicado la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL 728 de 2021 M.P. Gerardo Botero Zuluaga que no sólo se debe demostrar la prestación del servicio, sino que es necesario acreditar otros presupuestos para acceder a la declaratoria de la relación laboral alegada, como son extremos temporales, monto salarial y jornada laboral entre otros, así se refirió la corporación en mención en dicha oportunidad:

...pues lo cierto es, que la Sala sobre dicho punto ha sostenido, que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación de que « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama»; así se recordó en la sentencia SL2608-2019, que reiteró lo dicho en la providencia CSJ SL 2780-2018, la que a su vez memoró la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

[...] recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros.

Conforme criterio jurisprudencial en cita y contrario a lo indicado por el recurrente, para esta sala, como lo sostuvo el juez de primer grado, no se encuentran demostrados los presupuestos antes señalados para acceder a la



pretensión principal del actor; así se evidencia que respecto de los extremos temporales imperan serias contradicciones que no permiten otorgar el grado de certeza al dicho de los testigos que pretende el recurrente, como quiera que las testimoniales recepcionadas, dan cuenta de extremos temporales distintos, que ni siquiera coinciden con los alegados por el actor en escrito de demanda y respecto de los cuales el actor tampoco parece tener claridad si se tiene en cuenta que depreca en escrito de demanda que estos se delimitan entre el **16 de agosto de 2013 al 15 de enero de 2016** y la demandada Lory Vanessa Ortiz junto con escrito de contestación aportó reclamación efectuada por el demandante dirigida al señor Mario Ñustes, junto con el cual se anexa liquidación de prestaciones sociales, aduciendo como extremos temporales de la relación laboral desde el **24 de abril de 2014 al 10 de febrero de 2016** y como se indicó, las testimoniales dan cuenta de extremos ni siquiera cercanos a estos pues el señor José Manuel Pinilla refirió que para agosto de 2016 el señor Juvenal seguía laborando para la Cigarrería Terraza 144 y el señor Francisco Javier Beltrán, indicó que la finalización tuvo lugar para el mes de septiembre del mismo año.

Lo propio ocurre en cuanto a la retribución salarial alega, respecto de la cual, sólo existe la afirmación del demandante de haber devengado la suma de \$900.000, no pudiéndose determinar que se devengó el SMLV, ya que el artículo 145 del CST regula la definición del salario mínimo y la forma de fijarlo, más no releva al trabajador de probar la suma que devengó como retribución a la labor que señala haber prestado en los términos señalados por la jurisprudencia antes transcrita.

Ahora bien, los anteriores presupuestos no se pueden determinar del dicho del demandante al rendir interrogatorio de parte, como quiera que el actor **no se puede beneficiar de su propio dicho** y así lo reiteró la Sala Laboral de la CSJ en sentencia a que se aludió indicando los requisitos para que tenga lugar la confesión:

Así las cosas, en lo atinente a la supuesta confesión que considera el censor se configuró en el interrogatorio de parte rendido por el apoderado judicial de la demandada, resulta adecuado memorar que conforme al artículo 195 del CPC hoy 191 del CGP, para que ella se configure se requiere:

1. *Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.*
2. **Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.**
3. *Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*
4. *Que sea expresa, consciente y libre.*



5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento. (Negrilla fuera del texto original)

De lo reseñado, se tiene que resulta abiertamente improcedente la afirmación del recurrente en cuanto a que los extremos temporales y el salario devengado quedaron demostrados con el dicho del propio demandante, dejando de lado la obligación que le asiste de probar su dicho conforme lo dispuesto en el artículo 167 del CGP.

Por último y en cuanto al reproche que recae respecto al interrogatorio realizado por el juez a la demandada Lory Ortiz, se observa que dicha prueba es de **práctica exclusiva de la contraparte**, esto es, la parte **demandante**, por lo que no le puede atribuir culpa alguna al juzgador si el interrogatorio no tuvo el efecto pretendido, pues era de su resorte indagar a esta pasiva en cuanto a las circunstancias de la prestación personal del servicio que se alegó en aras de determinar si se había dado en el marco de una relación laboral, no obstante, ello no ocurrió; aunado a ello y en cuanto a la convocatoria del señor Mario Ñustes, contrario a lo indicado por el recurrente, esta se decretó con el fin de llegar a la verdad procesal y se itera que no era obligación del juez asumir la carga probatoria que recaía sobre la parte demandante para dilucidar la existencia de la relación laboral alegada, razones suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, 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,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line and a small flourish.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

A handwritten signature in black ink, starting with a large 'M' and 'E', followed by a horizontal line and a vertical stroke.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

A handwritten signature in black ink, appearing as a series of connected, fluid strokes.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 19-2018-721-02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA PATRICIA BONETT GONZÁLEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora XENIA MARÍA POLO, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colfondos S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 19 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de noviembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARTHA PATRICIA BONETT GONZÁLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

nulidad y en forma subsidiaria la ineficacia del traslado del RPM al RAIS a través de Colfondos S.A., el 26 de julio de 1994, al no cumplirse con el deber de ofrecer una información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto de las circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado; como pretensiones subsidiarias secundarias, peticona se declare que Colfondos S.A., al promover su traslado le ofreció información imparcial e incompleta, por lo que se le debe ordenar aceptar su traslado proveniente Porvenir S.A., y a Colfondos S.A. reconocer a su favor pensión de vejez en las mismas condiciones que le hubiera correspondido de haber permanecido en el RPM.

Como consecuencia de tales declaraciones peticona que se ordene trasladar de Porvenir S.A., los aportes, rendimientos y semanas cotizadas sin incluir dentro de dicho traslado los gastos de administración y la comisión del seguro previsional cobrados durante la vigencia de la afiliación, a Colpensiones, como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS y a Colpensiones aceptar el traslado al RPM. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de octubre de 1963, que se vinculó con el ISS el 1 de febrero de 1988, con el empleador Invercrédito S.A., que el día 26 de julio de 1994, se trasladó del RPM al RAIS, más concretamente a Colfondos S.A., que atendiendo las recomendaciones del Ejecutivo de Cuenta y sin que mediara una debida asesoría, se trasladó del RPM al RAIS, convencida de que no tendría ninguna incidencia negativa en su futuro pensional, que el 17 de julio de 2006, cambió su afiliación para la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar de nuevo al RPM, que como consecuencia de lo anterior, quedó inmersa dentro de la restricción de los 10 años para trasladarse de régimen como lo dispone la Ley 797 de 2003, y el Decreto 3800 de 2003, faltando a su deber de asesoría por parte de Porvenir S.A., que se encuentra afiliada al RAIS en Porvenir S.A.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Refiere que ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1.253 semanas, tal como se observa en las historias laborales consolidadas tanto de Colpensiones, Colfondos y Porvenir S.A., 137 semanas al RPM como se evidencia en el reporte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y 1.116 semanas al RAIS entre Colfondos y Porvenir S.A., donde se encuentra actualmente afiliada, conforme con la Historia Laboral expedida por dicha administradora, que el 21 de septiembre de 2018, presentó derecho de petición ante Colpensiones en el que solicitó la nulidad de traslado al RPM, que el 20 de junio de 2018, diligenció ante Colpensiones formulario de solicitud de traslado, que en esta misma fecha Colpensiones le negó el traslado por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez, que envió un derecho de petición a Porvenir S.A., solicitando información acerca de cuál sería el valor de la mesada a la fecha de pensión con fecha 20 de junio de 2018, que dicha administradora en comunicación del 25 de junio de 2018, le informó que de acuerdo a sus proyecciones financieras tendría derecho a la edad de 57 años de pensionarse con una mesada de \$1.897.800, con una tasa de remplazo del 11.69%.

Indica que envió comunicación a Colfondos S.A., solicitando información acerca de la asesoría recibida antes de cumplir los 47 años, con fecha 18 de junio de 2018, que Colfondos mediante comunicación del 11 de julio de 2018, le informó que el deber de asesoría se dio de manera verbal y que no tenían soportes, que si se encontrara afiliada al RPM y continuara cotizando sobre los ingresos que actualmente percibe podría acreditar el cumplimiento de requisitos mínimos para pensión a la edad de 57 años, se le aplicaría un IBL equivalente a la suma de \$13.535.820, por lo que, de pensionarse a la edad antes mencionada en el RPM el valor de la mesada sería aproximadamente de \$7.827.206, aplicándose una tasa de reemplazo del 57.83%, que como se evidencia no existió una adecuada asesoría pensional por parte de Porvenir S.A., al momento anterior a que cumpliera los 47 años, que al momento de trasladarse al RAIS no fue asesorada claramente sobre los alcances negativos que le generaban el traslado de régimen pensional, que el Ejecutivo de Cuenta de Colfondos S.A., no le explicó las consecuencias de dicho traslado ni mucho menos le hizo un comparativo de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETT GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

los posibles montos de la pensión con los cuales se pensionaría en cada uno de los regímenes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colfondos S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 4, negó los No. 5, 17, 18, 23 y 24 y manifestó no constarle los demás. 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 de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Old Mutual S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

En lo que respecta a **Colpensiones** y **Porvenir S.A.**, se les tuvo por no contestada la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora MARTHA PATRICIA BONETT GONZÁLEZ, identificada con C.C. N° 39.687.253, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, identificada con NIT 800.149.496-2, realizado el 26 de julio de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante MARTHA PATRICIA BONETT GONZÁLEZ identificada con C.C. N° 39.687.253, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 01 de febrero de 1988, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., identificada con NIT 800.144.331-3, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTHA PATRICIA BONETT GONZÁLEZ, identificada con C.C. N° 39.687.253, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETT GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: *Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.*

QUINTO: ABSOLVER *a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.*

SEXTO: *Sin condenas en costas a las partes. (...)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado describiendo en primer lugar las premisas normativas y jurisprudenciales en que fundaría su decisión. Señaló que la demandante nació el 28 de octubre de 1963, conforme se verifica en la copia de la cédula de ciudadanía que obra en el expediente, que cotizó en el ISS hoy Colpensiones desde el 1 de febrero de 1988, al 24 de julio de 1988, conforme se observa en la historia laboral aportada por la demandada Colpensiones que obra en el expediente, que el 26 de julio de 1994, que había solicitado el traslado al RAIS y, por ende, su vinculación a Colfondos, como se verifica en el expediente, que luego se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir y actualmente se encuentra cotizando en esta AFP.

La señora Martha Patricia Bonett González manifestó en diligencia de interrogatorio de parte ser profesional como abogada y enfocada en el tema de la propiedad intelectual y el derecho corporativo y en la actualidad no se encuentra laborando, que después de terminar la Universidad para el año 86, indicó que se afilió al entonces ISS, inició trabajando en una empresa llamada Invercrédito en el mes de febrero del año 88, donde continuó hasta el año 1992, y luego en el año 94, pasó a la empresa Helicol y recuerda que en el año 94, los asesores de Colfondos los invitaron a una reunión grupal muy breve donde le manifestaron que el fondo recién se había constituido y que era del mismo grupo empresarial en el que ella estaba trabajando, que en ese entonces era el grupo Santo Domingo, dijeron que era más eficiente en el manejo de las pensiones, con mejor mesada pensional tendría o se pensionaría y que no le hicieron ningún estudio en su situación en particular. Para el año 2006, realiza su traslado a la AFP



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Horizonte hoy Porvenir por fusión, ya que le informaron que era un buen fondo y que prestaba unos buenos servicios en este caso, dice que no le fue prestada una asesoría por parte de las AFP respecto a las ventajas y desventajas que tenía un cambio de régimen pensional ni cuál sería el tema de los rendimientos en desarrollo de los mismos, que los dineros iban a una cuenta de ahorro individual, que no le indicaron que antes de los 47 años podría cambiarse o devolverse al régimen pensional anterior, es decir, al RPM.

Precisó que, si bien la demandante según las pretensiones solicitó la nulidad o en forma subsidiaria la ineficacia de afiliación y el traslado del RPM al RAIS, con sustento en que el fondo incumplió el deber legal de dar la información relevante al momento de la afiliación, la consecuencia jurídica con base en lo consignado en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia decantada de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico, de allí que daría el tratamiento en esos términos.

Sostuvo que, en tratándose de los traslados de regímenes pensionales que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento debían garantizar una información libre y voluntaria, con la entrega de la información suficiente y transparente que les permita a los afiliados elegir entre las distintas opciones que hay en el mercado la que mejor se ajuste a sus intereses, esto es, que les describan características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, implicando con ello una comparación entre las características, ventajas y desventajas en forma objetiva de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas que tiene un traslado, de modo que el afiliado conozca cómo funcionan los dos sistemas de pensiones, tanto el público como el privado que creó la Ley 100 de 1993, por ser los fondos sociedades de servicios financieros y también de seguridad social, como lo había sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia conllevaba a que ese deber fuera más riguroso pues de ese ejercicio dependen importantes intereses sociales, como lo son la protección de la vejez, la invalidez y la muerte.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

De manera que, la afirmación que hacía la demandante de no haber recibido una información clara y completa, correspondía a un supuesto negativo que sólo podía ser desvirtuado por el fondo de pensiones o los fondos de pensiones con la prueba que acredite que ellos cumplieron con esa obligación de orientar, informar y asesorar, por cuanto la documentación soporte del traslado debe ser conservada en sus archivos y son los obligados a dar el deber de información y de probar también, bien sea ante la autoridad administrativa y judicial que hayan cumplido, interpretación jurisprudencial que no sufría variaciones cuando se trate de afiliadas que no sean beneficiarias del régimen de transición, pues las providencias que se relacionan en las premisas normativas no hacen mención que la obligación del buen consejo de las administradoras surgen sólo cuando los afiliados o afiliadas sean beneficiarias del régimen de transición; por el contrario, le imponen es a las administradoras la obligación de dar la información suficiente a los afiliados o afiliadas para que tomen la decisión más adecuada, es decir, no sólo les indiquen cuáles son los beneficios que tiene un traslado al RAIS sino que se les debe explicar y proyectar el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes pensionales tendría, cuál es esa diferencia en el pago de los aportes que se debía realizar en el RPM frente al RPM y, en general, cuáles son esas implicaciones para que la conveniencia o no la determine el afiliado o afiliada. Por consiguiente, la administradora es la verdadera profesional y experta en estos temas pensionales y el afiliado es el inexperto.

Que revisado el expediente, Colfondos había hecho la afirmación sobre la validez de la afiliación e indicó haber proporcionado una capacitación a los asesores de la época para que se garantizara una orientación profesional a los afiliados, sin allegar la prueba correspondiente sobre cuáles eran las implicaciones que tenía el traslado de régimen pensional, el ofrecimiento y las condiciones en que le otorgaron el traslado a la demandante, menos aún, si le hicieron simulación o proyección a futuro y cuadro comparativo de cómo sería la pensión en un régimen como en el otro, por lo que se deducía que no cumplió ese asesor inicial con ese deber de dar y entregar la información de cómo sería la situación que tendría la accionante para escoger el mejor régimen pensional ya que el único medio de convicción que soporta Colfondos y Porvenir era el formulario de afiliación que fue allegado y, si bien es cierto, estaban firmados por la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

demandante, no siendo suficientes para que se tenga por demostrado el deber de la información o asesoría que debieron suministrar los fondos para que se tenga como acreditado el consentimiento informado frente a la demandante.

Que el traslado de la demandante tuvo lugar para el año 1994, data para la cual no se había decantado en su totalidad el tema de la doble asesoría, lo cierto era que las AFP tenían la obligación de suministrar toda la información en los términos señalados desde que fueron creadas por intermedio de la Ley 100 de 1993, como quiera que demandadas no cumplieron con ese deber que tenían de la carga dinámica de la prueba, habían faltado al deber de la información y por ello no le era permitido realizar el cambio de régimen pensional a la demandante, aclarando que la actuación de traslado del RPM al RAIS no se convalidaba por los traslados de las AFP Colfondos y Horizonte hoy Porvenir, ciertamente la decisión de escoger entre una y otra administradora dentro del RAIS no implica que cumpliera a cabalidad con ese deber de la información de traslado inicial. Además, los traslados que realizó la demandante entre las administradoras privadas, resultaban inútiles a efectos de reafirmar su voluntad de permanecer en el RAIS, pues así lo había referido la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la Sentencia SL 1055 de 2022.

Por lo anterior, había lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP Colfondos, realizado el 26 de julio de 1994, declarándose también como aseguradora de la demandante para los riesgos de IVM a Colpensiones desde 1 de febrero de 1988, como si nunca se hubiere trasladado y por lo mismo siempre ha permanecido en el RPM, ordenando a la AFP Porvenir devolver la totalidad de los aportes que fueron girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones y aportes adicionales de la demandante, junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y comisiones y sin descontar los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con destino a Colpensiones, sumas que deben ser debidamente indexadas y actualizadas al momento de su traslado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Respecto de la excepción de prescripción la declaró no probada toda vez que la declaración de la ineficacia es imprescriptible y forma parte del derecho fundamental a la seguridad social, el que no se extingue con el paso del tiempo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió de forma parcial en el punto tres del fallo, señalando que si bien existe una precedente del órgano de cierre, los argumentos que ha manifestado el Tribunal en diferentes Salas, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y, es por eso, conforme a lo que indica el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala Laboral en el Proceso 2021-489 frente a la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que puede haber generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se revoca dicha determinación y, en su lugar, se ordena devolver todas las sumas junto con sus rendimientos.

Así mismo, lo indica el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas Sala Laboral en el Proceso 2021-111 en el cual manifiestan que sobre el particular se considera que le asiste razón al apelante, ya que en este caso como se refiere se está ordenando la devolución de rendimientos financieros, rubro que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por las AFP como consecuencia de la afiliación del demandante, por lo que entiende esta Sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada por lo que se revoca esta decisión en este aspecto. Frente a este punto, la jurisprudencia laboral ha señalado que la administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado. De manera que, los supuestos sobre los cuáles se condenó a Porvenir en este punto, no se encuentran acreditados y, en consecuencia, solicita revocar esta doble condena impuesta, toda vez que al momento de pedir la indexación



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de unos dineros, se está desconociendo los rendimientos financieros adicionales que ha generado Porvenir a la demandante.

La demandada **Colpensiones** indicó que se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues se fundamentó en la falta del deber de información que debían brindar las AFP al momento de la suscripción del formulario, pasando por alto que para la fecha la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, y sólo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa de una afiliado para trasladarse de régimen, la cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación y lo que en este asunto se dio a plenitud.

Así mismo, que para la fecha de la suscripción y firma del formulario de afiliación no existía la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados, por lo que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario de la materialización del traslado en este asunto, Ley 100 de 1993, no siendo razonable ni jurídicamente válido imponer a la administradora, obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento de traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos sino que exige además el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga.

Manifestó que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, entorno a que Colpensiones es un tercero en este asunto y los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se derivan de la celebración de ese acto jurídico sólo deben repercutir a las partes involucradas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETT GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Finalmente, en este asunto, la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 28 años, por lo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada en cuanto a la afectación al equilibrio de la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en el que se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, el principal propósito que tuvo el legislador al establecer esta prohibición es proteger el fondo común, por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones de las personas que cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial, los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto de conformidad con la Sentencia C-1024 de 2004, de la Corte Constitucional y que se reitera en la C-062 de 2010.

En caso de que se confirme la decisión, solicita se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido esta debe entregar a Colpensiones la totalidad de la cotización que recibió por parte de la demandante, esto es, los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas FGPM, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración y, en general, todos los aportes solicitados por la accionante a la AFP.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA PATRICIA BONETT GONZÁLEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y en forma subsidiaria la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A., el 26 de julio de 1994, como se verifica de copia de dicha documental allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo el traslado horizontal que efectuara la actora a la AFP Horizonte



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

hoy Porvenir S.A., el 17 de julio de 2006, de acuerdo con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – 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 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 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 a la señora Martha Patricia Bonett González, 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 la AFP Colfondos S.A., fondo al que se trasladó la actora 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 lo 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

-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 Porvenir S.A. en etapa de 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 Colfondos S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Martha Patricia Bonetti, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta, ya que tal documental no da



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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.

Respecto a la permanencia de la actora en el RAIS y los traslados horizontales dentro de este, se tiene que como bien lo adujo la decisión de instancia, 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 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 **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.

En cuanto al argumento de la recurrente Porvenir S.A., esbozado en su recurso y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración, primas de seguro previsional se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado **de manera indexada**, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por el Juzgador de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

*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, no tornándose estos afectados por el fenómeno prescriptivo. Sobre este tópico, se tiene que, las decisiones judiciales que menciona esta pasiva, no ostentan 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.

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente 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 entran a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

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 brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** dispuesta en la decisión de primer grado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201800721-02 Dte: MARTHA PATRICIA BONETTI GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. Serrano Baquero'.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hugo Alexander Rios Garay'.

**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 21-2019-726-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA SILVIA BUITRAGO

DEMANDADO: PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno del Circuito de esta Ciudad, el 15 de diciembre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora ANA SILVIA BUITRAGO, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada a reconocer a su favor pensión de vejez bajo los parámetros del RAIS a partir del 24 de septiembre de 2017, junto con reajustes anuales e intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 25 de enero de 2018 y de manera subsidiaria indexación de las sumas objeto de condena.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 24 de septiembre de 1960, alcanzando los 59 años de edad en el 2019, que cumplió las semanas y edad para acceder a reconocimiento pensional por vejez, contando con mas de 1463 cotizadas, que el 16 de marzo de 2018, allegó ante la demandada documentos complementarios para reconocimiento y pago de la prestación económica, ya que con anterioridad había elevado la solicitud en dicho sentido, oportunidad en que le indicaron que se estarían comunicado con ella en un término de 5 días hábiles para informar el resultado de la revisión, que han transcurrido 19 meses a la presentación de la demanda desde la radicación de la documentación complementaria exigida, sin que a la fecha se le hubiera brindado respuesta alguna frente a su solicitud.

Que laboró para los sectores público y privado acumulando un total de 1900 semanas cotizadas, que han transcurrido más de 10 años desde el momento en que empezó a formular las peticiones ante la demandada para reconocimiento pensional, encontrándose afiliada a Protección S.A. desde junio de 1994.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A PROTECCIÓN S.A., se le tuvo por no contestada la demanda.

El convocado como litisconsorte necesario, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, negó el hecho número 4 y manifestó no constarle los demás, se opuso a la prosperidad de las pretensiones en cuanto afectarían sus intereses y propuso las excepciones de mérito que denominó responsabilidad exclusiva de la AFP, inexistencia de la obligación de reconocer una pensión de vejez y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a reconocer y pagar a la señora ANA SILVIA

BUITRAGO PEÑA la pensión de vejez con garantía de pensión mínima, a partir del 28 de agosto de 2018, en cuantía inicial de un (1) SMMLV, la cual deberá ser objeto de los reajustes legales anuales, a razón de trece (13) mesadas anuales; ADVIRTIENDO que, en caso de que no existan recursos suficientes para atender el pago de la pensión aquí ordenada, la AFP PROTECCIÓN S.A. deberá cancelar la aludida pensión con cargo a sus propios recursos hasta que se logre definir el trámite de pago de los bonos pensionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a reconocer y pagar a la señora ANA SILVIA BUITRAGO PEÑA los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidados desde el 6 de agosto de 2018 y hasta la cancelación de las mesadas adeudadas a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago, de acuerdo con lo considerado en la motiva de esta providencia.

TERCERO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a descontar del retroactivo pensional que se pague, las sumas que, por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en salud, esté en la obligación de trasladar a la E.P.S. a la que se encuentre afiliada la señora ANA SILVIA BUITRAGO PEÑA.

CUARTO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES denominadas como responsabilidad exclusiva de la AFP, inexistencia de la obligación de reconocer una pensión de vejez e inexistencia de la obligación de financiar una garantía de pensión mínima.

QUINTO: DESVINCULAR al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que la pensión de vejez en el RAIS, se encontraba prevista en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 65 se encontraba la figura de la garantía de pensión mínima indicando que los afiliados que hubiesen cotizado por lo menos 1150 semanas que teniendo 62 años en caso de los hombres y 57 en el caso de las mujeres, y no hubieran alcanzado la densidad de semanas requeridas, tendrían derecho a que el Estado les complete la parte que hiciera falta para financiar dicha pensión; no siendo materia de reproche que la actora a ese momento contaba con 62 años, que desde el 26 de enero de 2000, se había trasladado del RPM al RAIS, permaneciendo en este último régimen.

En cuanto al capital acumulado, debía acreditar que este le permitiera obtener una pensión superior al 110% de un SMLV, evidenciándose

conforme historia laboral y proyección pensional elaborada por Protección S.A., que no acreditaba dicho presupuesto, ya que debía acumular más de 342 millones a mayo de 2022 y para dicha data el capital acumulado por la actora, ascendía tan solo a \$209.548.444, incluyendo la sumatoria de los bonos pensionales, de tal modo, correspondía verificar si la señora Ana Silvia tenía derecho a la garantía de pensión mínima, ya que no alcanzaba a reunir el capital requerido, pero sí la edad pensional; en cuanto a las 1150 semanas cotizadas a marzo de 2022, contaba con 2135,14 semanas de cotización, aunado a ello y siguiendo las previsiones del artículo 84 de la Ley 100 de 1993, no se había probado que la actora estuviera percibiendo rentas superiores al SMLV, con carácter de permanente, pues la última cotización por ella efectuada, era de febrero de 2022, sin que se determinara que a la fecha del fallo continuara cotizando y si bien no se había reportado aun la novedad de retiro, en caso de que siguiera percibiendo algún concepto por concepto de salarios, se debía a que esa remuneración era la única fuente de ingresos y no podía prescindir de ella hasta que no se definiera su situación pensional.

De lo anterior se concluía que la demandante, reunía los requisitos para ser beneficiaria de la garantía de pensión mínima, no obstante, la AFP demandada no había dado solicitud de fondo a dicha solicitud aduciendo que a la fecha no se había emitido ni pagado los bonos pensionales, lo que resultaba necesario para conocer el monto total de los recursos depositados en su CAI, evidenciándose que esa AFP el 16 de marzo de 2018, e informó a la actora haber recibido los documentos para estudio de derecho pensional; por ello y al reunirse los requisitos de edad y semanas para acceder a la garantía de pensión mínima, su forma de pago se encontraba regulado en el artículo 9 del Decreto 832 de 1996, en concordancia con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, que indicaba que cuando la AFP verificara que un afiliado que había iniciado los trámites para acceder a pensión de vejez, pero el saldo en su cuenta era inferior para financiar una pensión mínima, debía iniciar el pago de la prestación con cargo a la cuenta individual previo reconocimiento de la OFB del Ministerio de la Garantía de Pensión Mínima y el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, indicaba que el pago de dicha garantía se pagaría el momento en que la anualidad resultante del retiro programado, fuera inferior a 12 veces la pensión mínima vigente, la compañía de seguros, sería la encargada de realizar los trámites necesarios

para que se haga efectiva la garantía de pensión mínima; normatividad en cita de la que se colegía que si bien el pago de la garantía de pensión mínima está supeditado al reconocimiento de dicha garantía que hiciera el Ministerio de Hacienda, también lo era que era obligación de la AFP Protección, suministrarle la información necesaria para que pudiera otorgarle dicha garantía a su afiliada desde el momento en que cumplió los requisitos para el efecto, no debiendo olvidar que podía ser financiada inicialmente con los recursos depositados en la CAI, acudiendo a la garantía estatal sólo cuando dichos recursos fueran insuficientes, toda vez que el objeto era asegurar que el afiliado recibiera una pensión mínima, de ahí que la AFP luego de otorgar dicha garantía, era que debía informar a la OBP, el agotamiento de dichos recursos.

Sobre el trámite para la emisión de bonos pensionales, se encontraba regulado en el artículo 29 del Decreto 656 de 1994, indicando que correspondía a la AFP adelantar las acciones y solicitudes para la emisión de bonos pensionales por su cuenta y sin perjudicar al afiliado, presentando la solicitud dentro de los 6 meses siguientes al cumplimiento de requisitos y debiendo realizar un seguimiento trimestral del trámite de expedición y redención del bono pensional; que para el asunto bajo estudio, la actora se había trasladado al RAIS en el año 2000, por lo tanto, Protección debió haber iniciado los trámites de redención de bono pensional a partir de dicha data, no evidenciándose que dentro de los 6 meses siguientes a su vinculación la AFP hubiera realizado ninguna gestión encaminada a ese efecto, sin que el inconveniente alegado de la certificación de tiempos laborados por la actora, la eximiera de la iniciación de dicho trámite, no evidenciándose la fecha en que inició dichos trámites, sino una respuesta de la Gobernación del Meta, que a su vez emitió en respuesta a la AFP demandada elevada en diciembre de 2017 para la corrección de historia laboral de la actora.

Que se había encontrado solicitud de certificación de tiempos laborados elevada en los años 2018 y 2019 y a Colpensiones en julio de 2020, pruebas que resultaban insuficientes para demostrar que Protección había obrado con diligencia desde el momento en que la actora reunió los requisitos para acceder a la prestación pensional y a pesar de que indicó que la demora en el trámite de redención de bonos pensionales, obedeció

a la omisión de la señora Ana en autorizar las correcciones a su historia laboral, tal afirmación desconocía que la actualización y verificación de la historia laboral, correspondía a las administradoras pensionales como lo había indicado la jurisprudencia.

Así las cosas, se evidenciaba en el expediente comunicaciones libradas en 2020 y 2021 a la actora solicitando aprobación de su historia laboral, luego de los trámites realizados frente a las inconsistencias observadas, comunicaciones que se habían emitido cuando ya se encontraba en curso el proceso, resultando reprochable pretender endilgar a la actora la tardanza en dicho trámite, pues si bien no hubo respuesta a dicho requerimiento por parte de la señora Ana, Protección había tardado más de 2 años para adelantar los trámites de corrección de historia laboral, lográndose la aprobación de esta por virtud de requerimiento judicial, concluyéndose que la tardanza en el trámite previo al reconocimiento pensional deprecado, obedecía a cuestiones administrativas que como era bien sabido, no podían afectar los derechos pensionales y la demandante no podía soportar dicha demora como lo había sostenido la CSJ en sentencia SL 3691 de 2021.

Afirmó que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establecía que la entidad de seguridad social, contaba con 4 meses para resolver la solicitud encaminada al reconocimiento pensional y no podían alegar la no expedición de bono pensional y el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, indicaba que la prestación debía ser reconocida de manera provisional, cuando no se hubiera logrado la expedición oportuna de bonos pensionales o de la garantía de pensión mínima, ante dicho escenario, se debía ordenar a Protección a efectuar el reconocimiento de la garantía de pensión mínima a la demandante, ante la demostración de su falta de diligencia en la reclamación de los bonos pensionales y teniendo en cuenta que la reclamación de la demandante para este efecto, había tenido lugar el 5 de abril de 2018 y que el retardo en la misma, no le era atribuible, la entidad demandada, debía haber dado respuesta el 5 de agosto de la misma anualidad, por ende, el día 15 hábil contado desde el vencimiento del plazo señalado, correspondía al 28 de agosto de 2018, siendo a partir de dicha fecha que se debía reconocer la pensión mínima a razón de 13 mesadas pensionales, cuyo pago había de realizarse con

los recursos de la CAI y solo cuando estos se agotaran, acudir a la garantía de pensión mínima y debía cancelarla con cargo a sus propios recursos de no lograr la redención de los bonos pensionales, por no haber demostrado una gestión diligente para el efecto.

En cuanto a los intereses moratorios señaló que estos procedían por regla general cuando había mora en el pago de las mesadas pensionales, indicando la CSJ que cuando se configuraban los requisitos para obtener garantía de pensión mínima y no se presentaba la solicitud ante la autoridad gubernamental competente, daba lugar a la imposición de intereses moratorios, así se señaló en sentencia SL 1440 de 2018 y SL 2942 de 2021, por lo que había lugar a condenar al pago de dichos intereses a la pasiva, quien recibió la solicitud de reconocimiento pensional en el 2018 y los debía cancelar a partir del 6 de agosto de dicha anualidad.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló** la AFP demandada indicando que la decisión había concluido que esa AFP no había probado la gestión que desarrollo respecto al cobro y pago de bonos pensionales, siendo claro que la actora tenía derecho a la garantía de pensión mínima, pues a ello no se oponían, conforme a ello se inició el proceso tendiente a la aprobación de historia laboral y en tal sentido cuando se eleva por la demandante la solicitud de reconocimiento pensional es que inicia la AFP a realizar las actuaciones tendientes a la debida conformación de la historia laboral, que dicha solicitud no se entendía recibida hasta que la AFP no hiciera la revisión completa de los documentos allegados y en tal sentido fue que a la demandante desde el 2018 se le enviaron 2 o 3 comunicaciones en que se le solicitó aprobar la historia laboral, lo que era indispensable para poder iniciar la gestión de redención del bono pensional y no se recibió respuesta alguna por su parte, lo que generó dentro del trámite administrativo un desistimiento frente a la reclamación de la prestación económica.

Posteriormente, en audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, esa AFP señaló la importancia de la comparecencia en el proceso del Departamento de Cundinamarca y las entidades encargadas de la historia

laboral de la demandante, lo cual fue negado y sin embargo el inconveniente con el bono pensional, se debe a los tiempos que están a cargo de ese Departamento e incluso de Colpensiones, que no hubo negligencia por parte de esa AFP, ya que cuando elevó su solicitud, se iniciaron los trámites para la reconstrucción de historia laboral, solicitándole a la demandante la aprobación de la misma, quien solo en la audiencia se requirió a su apoderada y posterior a ello, remitió a la AFP dicha aprobación y con ese documento era que la AFP podía dar inicio al trámite de bono pensional.

Refirió que en una reconstrucción de historia laboral, era normal que surgieran nuevas entidades y ello implica una demora en el trámite de bonos pensionales máxime en referencia al Departamento de Cundinamarca, ya que sin tener el bono pensional, no había lugar a una garantía de pensión mínima y más cuando quien debía autorizar esta era la OBP, entonces se estaba condenando a una garantía de pensión mínima y por ende, se debía ordenar a esa Oficina aprobar esa garantía y ahí surgía el primer inconveniente, no se encontraban los bonos pensionales porque el Departamento de Cundinamarca y Colpensiones rechazaron dicha emisión como se verificaba en el expediente.

Que la fecha en que se determinó el reconocimiento de la pensión mínima, no observaba la historia laboral de la demandante, quien a pesar de haber radicado la solicitud de reconocimiento pensional en el 2018, siguió realizando cotizaciones al sistema y la última tuvo lugar en noviembre de 2022, no siendo procedente reconocer la prestación con anterioridad a dicha data y mucho menos la condena por intereses moratorios cuando la AFP no contaba con los documentos necesarios, ya que la actora no había aprobado su historia laboral.

Solicitó en segunda instancia se ordenara a la OBP emitir el bono pensional y la garantía de pensión mínima.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado, la sala determinará si estando comprobada la no redención del bono pensional,

en cabeza de la actora por parte del Departamento de Cundinamarca, existencia de este que no fue objeto de reproche impide el reconocimiento pensional en los términos señalados en sentencia recurrida y si la demora en el trámite de dicha redención, es imputable a la AFP convocada, de igual forma, se analizará la fecha a partir de la cual, procede el reconocimiento pensional en caso de confirmarse la procedencia del mismo.

Al respecto, no ofreció reparo que los recursos depositados en la CAI de la actora en su condición de afiliada a la AFP Protección S.A., no son suficientes para cubrir la pensión de vejez prevista en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que exige un capital acumulado superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, reajustado anualmente según la variación porcentual del IPC.

No obstante ello y como bien lo concluyó la decisión de primer grado, el afiliado que no logre completar el capital requerido en la norma antes citada, tiene derecho a que conforme el artículo 65 de la disposición legal en comento, el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, le complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión, siempre y cuando hubiese cotizado 1150 semanas y para el caso de las mujeres, haya alcanzado la edad de 57 años; presupuestos cuyo cumplimiento se determinó en primer grado para el caso de la demandante, ya que con las documentales, contentivas de historia laboral expedida por Protección S.A., e historia válida para Bono expedida por la OBP, visibles en expediente digital, se determina que la señora Ana Buitrago, a marzo de 2022, había cotizado una 2035.14 semanas, esto es, superior a las 1150 de que trata la norma en cita y en cuanto a la edad, conforme copia de documento de identidad, se establece que alcanzó los 57 años de edad el 24 de septiembre de 2017.

Así las cosas y en cuanto al argumento de la recurrente, respecto a que no es posible reconocer la garantía de pensión mínima, hasta que no se redima el bono pensional para el caso de la actora, se tiene que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, ha reiterado que los trámites para redención y pago del bono pensional, están a cargo de la administradora pensional y la demora en dicho trámite, no debe afectar los derechos del afiliado; debiéndose reconocer derecho pensional a su

favor con cargo a los recursos de la Administradora pensional negligente en dicho trámite y así lo reiteró entre otras en sentencia SL 3127 de 2022, M.P. Fernando Castillo Cadena, en los siguientes términos:

Así las cosas, es claro que para tener certeza de cuál es el saldo de la C.A.I. para determinar el cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez, se requiere que se tenga consolidado el bono pensional, lo que claramente incluye sus inconsistencias.

Ahora, sin desconocer que la emisión del bono se puede tomar en un obstáculo para que el afiliado comience a disfrutar la pensión, la solución a esta situación «no es ordenar automáticamente, a la administradora el reconocimiento de la pensión, sin que se haya comprobado previamente el cumplimiento del requisito financiero que da derecho a percibir la prestación, porque, de aceptarse esto, se atentaría contra el mandato consagrado en el artículo 48 de la Constitución» (CSJ SL4305-2018).

Y es que, precisamente, para armonizar el mandato constitucional que instituye que para adquirir el derecho a la pensión se debe cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización «o el capital necesario», así como, las condiciones que señala la ley, con el derecho pensional del afiliado, a efectos de que no se vea dilatado en el tiempo el acceso a la pensión, la Corte, en sentencia CSJ SL12709-2016, enseñó:

Con el fin de conciliar el mandato constitucional y el derecho pensional del afiliado que ha cumplido, junto con los demás requisitos, el del capital para efectos de financiar una pensión de vejez, en una controversia como la presente, es menester para el juez, previamente a reconocer una pensión de vejez, tener la certeza de que tal prestación cuenta con los recursos económicos para ser financiada; y para esto, se debe entrar a examinar cada caso en particular, con miras a dilucidar si la no emisión del bono es una excusa para negar el derecho a la pensión, por encontrarse evidencia de que el afiliado reúne el capital; o si, en verdad, la falta de emisión no es atribuible a la AFP, como sería el caso en que la no emisión es por falta de la aprobación, sin fundamento, de la liquidación provisional del bono por parte del afiliado.

Una vez, en el proceso, se tenga determinado el monto del bono a emitir, entonces se podrá establecer si el accionante cumple con el requisito de capital para obtener el derecho a la pensión anhelada, que, para este caso, es la contenida en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993. A esta solución se llega de conformidad con lo previsto en los artículos 21 y 22 del DL. 656 de 1994:

Artículo 21°.- Las administradoras que incumplan el plazo establecido para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión deberán pagar, con cargo a la respectiva cuenta individual de ahorro, una pensión provisional en favor del afiliado, calculada tomando en consideración los mismos criterios establecidos para la determinación de la mesada pensional a través de retiros programados. Esta pensión comenzará a reconocerse mensualmente a partir del día quince (15) hábil contado desde el vencimiento del plazo señalado para pronunciarse y deberá pagarse hasta el momento en el cual se efectúe el correspondiente pronunciamiento.

Del mismo modo, cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos.

En general, corresponderá a las administradoras asumir pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos en todos aquellos casos en los

cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones por parte de la administradora.

Parágrafo.- Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las demás sanciones personales e institucionales que puedan imponerse por el incumplimiento de las correspondientes obligaciones señaladas en el presente capítulo.

Artículo 22º.- En aquellos casos en los cuales se demuestre responsabilidad de la administradora en el retardo en pronunciarse respecto de una solicitud de pensión, la Superintendencia Bancaria ordenará el reembolso de las respectivas cuentas con cargo a los recursos de la entidad responsable.

En aquellos casos en que demuestren ante la Superintendencia Bancaria que las demoras en la presentación de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de garantía de pensión mínima o de diferencias a cargo de las compañías aseguradoras no les son imputables, la superintendencia podrá autorizar su reembolso con cargo a los pagos que se reciban una vez presentadas aquellas. Negrita fuera de texto.

Conforme a la providencia en comento y como se ha dejado por sentado, entre otras, en la sentencia CSJ SL2512-2021, por vía de excepción existe normativamente la posibilidad de establecer en cabeza de una administradora del R.A.I.S., la obligación, de manera temporal, de asumir el pago de la pensión con cargo a sus propios recursos, en virtud del artículo 21 del Decreto 656 de 1994 que, además de indicar la naturaleza jurídica de estas entidades, estatuyó, entre otros, su régimen de responsabilidad, partiendo de que si bien, son entidades de naturaleza privada, las mismas están en todo caso prestando el servicio público de la seguridad social que comporta la garantía de derechos mínimos, en el caso de los trabajadores afiliados al sistema pensional. (Negrilla fuera del texto original)

Por lo señalado en precedencia, la no redención del bono pensional, no es óbice para negar el reconocimiento pensional deprecado como lo ha venido haciendo la AFP demandada, máxime cuando contrario a la AFP recurrente, si bien no se verifica respuesta de la actora a la comunicación del 4 de agosto de 2020, mediante la cual se solicitó aprobación de su historia laboral, lo cierto es que frente a los trámites tendientes a la redención del bono pensional, se observa que no actuó con la diligencia que alega, pues en respuesta que allegó a requerimiento efectuado por el despacho, señala que en el 2017, solicitó expedición de certificaciones a dos de los empleadores de la actora, luego y sólo hasta **2019**, indicó haber elevado petición de contrato de concurrencia, no obstante, no se aportó prueba de dicha solicitud, señala que, para el 10 de septiembre de 2020, eleva solicitud de actualización de certificación laboral ante el Instituto Materno Infantil, trámite que resultaba innecesario si se tiene en cuenta que para el 2017 había solicitado expedición de dicha certificación.

Finalmente y sólo hasta el 4 de agosto del **2020**, envió comunicación a la demandante solicitando aprobación de historia laboral, evidenciándose del anterior recuento que en aras de obtener la redención de los bonos pensionales la AFP convocada, no efectuó actuaciones concomitantes a este efecto, contrario a ello, las mismas se prolongaron en el tiempo de manera injustificada, a pesar de que la solicitud elevada por la demandante para reconocimiento pensional, se había elevado por la demandante desde el **5 de abril de 2018** como lo acepta la misma AFP en la respuesta en comentario; no pudiéndose calificar el actuar de esta última como diligente y tal demora tampoco es imputable a la falta de aprobación de la historia laboral por parte de la demandante, ya que como se indicó, esta elevó la solicitud en el año 2018 y a partir de allí se verifican pocas acciones de la AFP tendientes a la reconstrucción de la historia laboral de la demandante y luego de **dos** años se le solicita a esta la aprobación de dicha historia; es así como la AFP y como lo concluyó la decisión de primer grado, debe reconocer la garantía de pensión mínima objeto de condena, inicialmente con los recursos depositados en la CAI de la demandante, sin que esta corporación deba ordenarle a la OBP la emisión del bono pensional, pues como se vio, dicho trámite está a cargo de la AFP y es quien debe realizar las gestiones para este efecto.

Determinado lo anterior y en cuanto a la fecha de reconocimiento pensional, se observa que como bien lo aduce la recurrente, para el año 2022, la demandante continuaba cotizando al sistema pensional, lo que determina la improcedencia de efectuar reconocimiento pensional con anterioridad a dicha data; respecto de lo cual, no es posible determinar la fecha en la cual la demandante dejó de cotizar al sistema ya que la última historia laboral aportada al expediente digital, data del mes de marzo de 2022, en ella se registra que la última cotización se había efectuado en febrero de 2022, circunstancia que no permite concluir como lo hizo la juez de primer grado que esta hubiera sido la última cotización realizada, menos cuando la recurrente aduce que tuvo lugar en noviembre de dicha anualidad y el fallo objeto de recurso se profirió en diciembre de 2022. Por lo anterior, se **modificarán** los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la decisión recurrida en el sentido de indicar que el reconocimiento pensional y los intereses moratorios, cuyo pago se

ordenó, debe efectuarse a partir de la última cotización registrada por la demandante ante la AFP Protección S.A.

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 los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la decisión recurrida en el sentido de indicar que el reconocimiento pensional y los intereses moratorios, cuyo pago se ordenó, debe efectuarse a partir de la última cotización registrada por la demandante ante la AFP Protección S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2022-121-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: SANDRA MILENA MARTINEZ CARVAJAL

DEMANDADO: FUNDACIÓN EDUCATIVA ROCHESTER

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

P R E T E N S I O N E S

La señora SANDRA MILENA MARTINEZ CARVAJAL, instauró demanda en contra de FUNDACIÓN EDUCATIVA ROCHESTER, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que Se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre la demandante y la FUNDACION EDUCATIVA ROCHESTER, que se declare que la carta de renuncia presentada por la demandante fue provocada por la demandada, que se ordene el pago de la indemnización por despido sin justa causa conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del código sustantivo de trabajo, que se ordene el reajuste del pago de las cesantías durante toda la relación laboral, al momento de terminarse la relación laboral, que se ordene el pago del reajuste de la prima de servicios durante toda la relación laboral, al momento de terminarse la relación laboral, que se ordene el pago del reajuste los intereses a las cesantías durante toda la relación laboral, debidamente dobladas, por su no pago al momento de terminarse la relación laboral, que se ordene el pago del reajuste de las vacaciones durante toda la relación laboral, al momento de terminarse la relación laboral, que se ordene el pago de la sanción moratoria por el no pago completo de las prestaciones sociales al momento de terminarse la relación laboral, que se ordene el pago de la sanción moratoria por la no consignación completa de

las cesantías a un fondo y que las sumas reconocidas sean indexadas, costas y agencias en derecho. (Expediente Digitalizado).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que la demandante laboró desde el 21 de agosto de 2012 hasta el 7 de septiembre de 2020, como profesora de religión, con un salario básico y una bonificación mala denominada gastos de vivienda, que nunca se le liquidó con su salario real, que el 5 de septiembre de 2020, la demandada le pidió la carta de renuncia por haber supuestamente hecho una publicación en redes sociales, que esa publicación la hizo la hermana de la demandada, que por temor a represalias presentó carta de renuncia el 7 de septiembre de 2020, que como se desprende de los correos que se anexan a la demanda la renuncia no nació de forma libre y espontánea, exigiéndole hasta modificar la fecha efectiva del retiro. (Expediente Digitalizado).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones, excepto a la existencia del contrato, lo que aceptó. Aclaró que lo pagado como auxilios fueron pactados sin injerencia salarial y que la renuncia fue libre y espontánea, sin que la demandada la hubiere exigido como se afirma, agregando que fue la demandante cuando supo de la publicación en redes quien se acercó a aclarar que había sido un familiar. Propuso las excepciones de inexistencia de causa, inexistencia de la obligación e imposibilidad jurídica de deducir obligaciones y responsabilidades a la demandada, inexistencia del derecho pretendido, pago, buena fe, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, y genérica. (Expediente Digitalizado).

ALEGACIONES

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

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós, (2022), por la que resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR que entre LA FUNDACIÓN EDUCATIVA ROCHESTER y SANDRA MILENA MARTÍNEZ CARVAJAL existieron múltiples contratos de trabajo a término fijo desde el 21/08/2012 al 07/09/2020 en los que la demandante se desempeñó como Docente de Educación Religiosa. los últimos semestres de ellos con los siguientes extremos temporales: (a) el primero que inició el 01/08/2018 y finalizó el 21/06/2019 en el que devengó un salario básico por \$2.450.000 más un auxilio de habitación por valor de \$1.100.000. (b) el segundo que inició el 01/08/2019

y finalizó el 19/06/2020 en el que devengó un salario básico por \$2.590.000 más un auxilio de habitación por valor de \$1.100.000. (c) el tercero que inició el 29/07/2020 y finalizó el 07/09/2020 en el que devengó un salario básico por \$2.590.000 más un auxilio de habitación por \$1.100.000.

SEGUNDO. DECLARAR que el auxilio de habitación pactado entre las partes, es factor constitutivo de salario.

TERCERO. CONDENAR a LA FUNDACIÓN EDUCATIVA ROCHESTER a reconocer y pagar a SANDRA MILENA MARTÍNEZ CARVAJAL los siguientes valores y conceptos.

a. \$2.065.556 por cesantías

b. \$208.764 por intereses sobre las cesantías

c. \$1.576.667 por primas de servicio

d. \$1.032.778 por vacaciones, suma que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo de conformidad con el IPC certificado por el Dane.

CUARTO. CONDENAR a la FUNDACIÓN EDUCATIVA ROCHESTER a reconocer y pagar a SANDRA MILENA MARTÍNEZ CARVAJAL la suma de \$123.000 diarios desde el 08/09/2020 hasta el 07/09/2022; y a partir del día siguiente los intereses moratorios a la tasa máxima vigente para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre el importe de las prestaciones sociales respecto de las que se impuso condena.

QUINTO. ABSOLVER a la FUNDACIÓN EDUCATIVA ROCHESTER de las demás solicitudes incoadas en su contra en el presente asunto por SANDRA MILENA MARTÍNEZ CARVAJAL.

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría....”

Para llegar a esa conclusión afirmó el Juez: “...En el presente caso se estableció con los contratos de trabajo a término fijo, que entre Sandra Milena Martínez Carvajal y la fundación Educativa Rochester, existieron varios contratos de trabajo a término fijo inferior a un año, en virtud de los cuales, la parte demandante se desempeñó como docente de religión; el primero inició el 31/07/2017 finalizó el 26/06/2015, en el que la demandante devengó un salario \$1.858.000, más auxilio de habitación de \$550.000, el segundo inició el 03/08/2015 finalizó el 24/06/2016 devengó como salario \$1.720.000, auxilio de habitación, \$1.100.000, el tercero inició el 01/08/2017, finalizó el 29/06/2018 salario básico \$2.110.000, auxilio de habitación, \$1.180.000; el cuarto inició el 01/08/2018, finalizó el 21/06/2019, devengó como salario \$1.450.000 más un auxilio de habitación por valor de \$1.100.000; el quinto, inició el 01/08/2019, finalizó el 19/06/2020 devengó salario básico, \$2.590.000, auxilio habitación \$1.100.000 y finalmente el sexto contrato inició el 29/07/2020 y finalizó el 07/09/2020, devengó como último salario \$2.590.000 y auxilio de habitación \$1.100.000; para el periodo 2012, 2013 y la anualidad comprendida en el segundo semestre de 2016 y primer semestre de 2017, no se aportaron contratos de trabajo a término fijo, sin embargo, sí se aportó una certificación laboral en el que se registró que Sandra Milena Martínez estuvo vinculada a la Fundación Rochester con un contrato laboral definido, laboró con nuestra institución desde el 21/08/2012 al 07/09/2020. Asimismo, la demandante en su interrogatorio señaló que inició la vinculación laboral en agosto de 2012 y el contrato era término fijo, se suscribía cada año, que comenzaba aproximadamente en agosto y terminaba en junio de cada año, en consecuencia para las anualidades respecto de las cuales no se aportó contrato, se tendrán como extremos temporales de acuerdo con los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia y la confesión de la demandante, entre otras, la sentencia SL 3350 del 2022 o la SL 2557 del 2020, los siguientes periodos de tiempo: 21 agosto del 2012 al 01/06/2013, 31/08/2013 al 01/06/2014 y el 31/08/2016 al 01/06/2017; en ese sentido, se establecerán los periodos de prestación de servicio o la existencia de relaciones laborales a término fijo inferiores a 1 año, teniendo en cuenta estas fechas fijadas e igualmente los contratos celebrados por las partes. Ahora bien, empezamos a estudiar las pretensiones de la demanda. La primera sería la terminación o la indemnización por despido sin justa causa, la demandante solicita declarar que la renuncia presentada fue provocada por la fundación educativa Rochester y como consecuencia de ello solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa; de lo anterior para el despacho no es claro si lo solicitado corresponde a un

despido indirecto, caso en el cual de encontrarse acreditada la consecuencia sería el pago de la indemnización que solicita o la nulidad de la terminación por vicio en el consentimiento, en eso no se tuvo claridad, sin embargo, teniendo en cuenta la carta de terminación, no se invoca ninguna justa causa establecida para la finalización del vínculo, lo que haría inane el estudio del despido indirecto, pues desde ya se advierte que no procedería, ya que el momento para invocar la justa causa era en ese mismo instante, con la presentación de la renuncia, que procedería el estudio de la nulidad de la terminación por vicios del consentimiento, así lo señala el artículo 1502 del Código Civil, aplicable por revisión analógica del artículo 19 del CST, establece que para que una persona se obligue a otra por un acto declaración de voluntad, es necesario lo siguiente” que consienta en dicho pacto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”. En igual forma, el artículo 1740 de la misma normativa establece que la consecuencia de la falta de cualquiera de los requisitos establecidos, entre los que se encuentra el ya anunciado, sería la nulidad, con esto, los vicios de que puede adolecer el consentimiento de conformidad con el artículo 1508 del Código Civil, serían la fuerza, el error o el dolo; respecto del error, este puede ser sobre la especie de acto o el objeto que se produce cuando ejecuta un acto, contrato diverso del que se creería, sobre la calidad del objeto que se genera cuando la sustancia o la calidad esencial del objeto sobre el cual versa el acto o contrato es diverso, del que se creería y sobre la persona, siempre que la consideración de esta persona sea la causa principal de este contrato, en cuanto a la fuerza, el artículo 1513 del Código Civil prescribe que esta no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una imprecisión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición; además, precisa esa misma normativa que constituye fuerza de este género, todo acto que infunde a una persona, un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. Así las cosas, al plenario se aportó un correo electrónico de fecha 05/09/2020, remitido por Eliana Aljure a la demandante en el que manifestaba lo siguiente” estimada Sandra, como acordamos, te reenvió el mensaje que llegó según hablamos, lamento mucho todo y esperamos entonces tu carta a la mayor brevedad, te deseo lo mejor siempre y espero que puedas resolver la situación al interior de tu familia”, a este correo replicó la demandante el día 06/09/2020 estableciendo lo siguiente: “buenas tardes, Mis Eliana por medio de la presente es mi deseo tener una reunión el día de mañana con usted si me permite el espacio para aclarar lo sucedido debido a que yo no tuve que ver con ese desafortunado incidente en redes sociales, del cual no salgo de mi asombro, me gustaría que me permitieras espacio para poder dialogar y expresarme frente a esta situación, sé que ha sido muy incómodo para ustedes, como para mí y para mi familia este suceso, lo cual ofrezco mil disculpas, como lo manifesté en una reunión virtual, esto se me sale de las manos y nunca se me pasó por la cabeza una situación de éstas, a mí no me gustan los problemas ni los conflictos y si debo decir algo, lo digo de frente y sin buscar terceros ni afectar el nombre de nadie, ni mucho menos la institución”. A continuación, se aporta otro correo electrónico de fecha 06/09/2020 a las 10:25 PM dirigido por la demandante a Eliana Aljure, en el que consigna lo siguiente: “Buenas noches, realizo el envío de la carta de renuncia solicitada, agradezco la oportunidad dada durante mis años de servicio en el Colegio”, en dicha carta de renuncia, la parte demandante indica lo siguiente: “la presente con el fin de presentar mi renuncia al cargo de docente en educación religiosa escolar, a partir de la fecha, agradezco la oportunidad que me dieron estos 8 años y espero de igual manera haberle retribuido a la institución, con mi trabajo”. A este correo, Juan Pablo León, Aljure como Presidente de la demandada, replicó el 07/09/2020 en los siguientes términos, “Hola Sandra, acepto tu renuncia y mucho te agradecería que fuera a partir del 12 de septiembre necesitamos esta semana para organizar tu cargo en manos de otra persona” posteriormente el mismo día Juan Pablo León Aljure remite un nuevo correo, la demandante, en la que indica “ hola Sandra ya pudimos reorganizar tu cargo, por lo que podemos aceptar tu renuncia a partir del 07/09/2020. Gracias”.

La anterior relación probatoria es con lo que cuenta el despacho para resolver el problema jurídico, no hay ninguna otra prueba diferente a ello, no se encuentra acreditado que la voluntad de Sandra Milena Martínez Carvajal, encaminada a formalizar la renuncia que dio origen a la terminación del contrato, haya sido fruto de

un error, de un engaño, de una coacción de fuerza o presión ejercida sobre ella por la encartada y particularmente sobre la fuerza, se reitera que debe ser de tal magnitud que debe causar una impresión fuerte en una persona de sano juicio en actuar como se le solicita o verse expuesta a un mal irreparable y grave; von esto, si bien en el correo electrónico del 05/09/2020 Eliana Aljure le indica la demandante “ esperamos entonces tu carta a la mayor brevedad” y en el correo en el que la demandante presenta la carta de renuncia, consigna, “ realizo el envío de la carta de renuncia solicitada” ello no es suficiente, para tener como un vicio del consentimiento, pues de ninguna manera permite establecer coacción, presión o fuerza sobre la decisión de la demandante de renunciar al cargo, eventualmente permite establecer que la renuncia fue solicitada, pero no se haya ejercido coacción, presión o fuerza capaz de viciar su consentimiento, eso es muy importante, esto era carga de la prueba de la parte demandante si consideraba viciado su consentimiento, a lo que hay que añadir que los testigos, Aleida Paola Bogoya, quien es la rectora de la demandada hace 18 años, y María Consuelo Añez, quien es la directora de primaria y trabaja para la demandada desde hace 14 años, coincidieron en señalar en sus interrogatorios bajo juramento que estuvieron presentes en la reunión virtual que sostuvo con la demandante antes de la finalización del vínculo y manifestaron que no presenciaron que a la demandante se le haya solicitado presentar su renuncia o se haya constreñido para tal fin, razón por la cual, al no poderse establecer que haya existido un error, una fuerza, un dolo sobre el acto de voluntad de la demandante, encaminado a presentar la renuncia del cargo que venía desarrollando en la fundación educativa Rochester, no hay prueba diferente, reiteramos con la cual cuenta el despacho para definir esta situación, no le queda otro camino al despacho que absolver a la demandada de dicha solicitud.

Ahora bien, la otra pretensión corresponde a factores salariales; el artículo 127 del CST establece que constituye salario, además de la remuneración ordinaria, todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa de su servicio, por su parte, el artículo 128 de la misma disposición establece que no constituye salario, las sumas que ocasionalmente por mera liberalidad, recibe el trabajador del empleador como primas, bonificaciones, gratificaciones ocasionales, participación en utilidades, excedentes de empresas de economía mixta y lo que reciben dinero o en especie, no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones como gastos de representación, medios de transporte, elemento de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que trata los títulos octavo y noveno, ni los beneficios u auxilios habituales u ocasionales, acordados, convencional o contractualmente, u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como alimentación, habitación o vestuario primas extra legales, vacaciones de servicios o de navidad, de ello se tiene que no todo pago que recibe el trabajador de su empleador, constituye salario; para determinar su carácter se debe examinar su finalidad, si es remunerar de manera directa la actividad realizada por el empleado, con esto corresponde al trabajador acreditar la periodicidad habitualidad y permanencia del pago realizado, evento en el cual al empleador se traslada a la carga de la prueba y le corresponde demostrar la destinación de dicho estipendio si tenía una causa distinta o retributiva de la prestación personal del servicio, esto de acuerdo una de las sentencias, muchas hablan en ese sentido, por ejemplo, la SL 986 de 2021 establece dicha teoría. Bajo estos presupuestos, en la cláusula quinta del contrato de las partes, acordaron lo siguiente, “ párrafo uno; el Colegio reconocerá al trabajador para ayudarlo en sus gastos de vivienda, un auxilio de habitación durante la vigencia de este contrato, que se fija en la suma mensual de \$1.100.000, las partes convienen en que esta suma que se paga como auxilio de habitación no constituye salario para ningún efecto”, hecho que acredita la periodicidad, habitualidad y permanencia del auxilio de habitación que el empleador reconocía a la demandante, razón por la cual le corresponde acreditar a este último que el auxilio tenía una destinación que en lo formal se había pactado, esto es el auxilio de habitación y no como retribución directa del servicio prestado por la demandante en su calidad de docente. Sin embargo, al indagársele sobre este aspecto al representante legal de la demandada, fue evasivo en su respuesta, se limitó a señalar simplemente que no tenía conocimiento de este aspecto, pues era

resorte del área de nómina que se manejaban la administración a pesar de que era su responsabilidad como absolvente informarse suficientemente sobre los hechos materia del debate sin poder invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia por mandato del artículo 198, CGP aplicable por remisión analógica 145 CPTSS; adicionalmente, los testigos de la parte demandada Aleida Paola Bogoya y María Consuelo Añez al indagársele sobre este punto, teniendo en cuenta que la representante no manifestó situación de fondo, también procedieron a señalar que no tenían conocimiento, pues era un tema que se manejaba en el área administrativa al cual no pertenecía, en consecuencia, al no poderse establecer que el auxilio de habitación reconocido a la demandante tenía una destinación diferente de la retribución directa de prestación del servicio por la demandante, esto era carga probatoria de la demandada establecer la finalidad, el control que se tenía sobre ese dinero, porque simplemente se la pagaba mensualmente y podía disponer de él como quisiera, no se establece que fuera directamente a la vivienda como tal, tampoco era que viviese en otro municipio apartado donde necesitase pagar una habitación diferente a su residencia...”

En este sentido, vamos a proceder a declarar que el auxilio es factor constitutivo de salario, no basta con pactarse que no sea factor constitutivo en el contrato, sino que en la realidad debe establecerse dicha situación, lo cual no se demostró y por tanto vamos a declarar que ese auxilio es factor constitutivo de salario; así también lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia sentencia SL 4304 del 2021 en el que al dirimir un caso en condiciones análogas en el que fungía como demandada, la fundación Educativa Rochester determinó que el auxilio a la habitación reconocido a una docente que adicionalmente había venido del exterior para cumplir con sus funciones encomendadas, era entregado en su calidad de docente como retribución directa del servicio y no como auxilio de habitación pactado formalmente, aquí pues estamos hablando ni siquiera de una docente que venía del exterior, sino una docente nacional, y no se establece, reiteramos, ninguna de las características para que no fuese considerado como factor salarial en la realidad, es diferente en la forma firmar un documento, pero en la realidad constituye claramente factor salarial al no haberse demostrado ninguna situación por parte de la entidad educativa; en ese sentido, se ordenará reliquidación en los siguientes términos: la demandante solicita reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, incluyendo el auxilio de habitación. Estas obligaciones se encuentran contenidas en los artículos 189, 249, 307 del CST y la ley 52 de 1975, a los cuales tiene derecho el trabajador por la prestación de su servicio, hubo lugar a la inclusión del factor de habitación para reliquidación solicitada en ese sentido de conformidad con los artículos 488 del CST y 151 del CPTS establecen un término de prescripción trienal contado desde que la obligación respectiva se hace exigible, para ello es preciso memorar que entre las partes se suscribieron múltiples contratos de trabajo a término fijo que tuvieron solución de continuidad, por lo que los derechos causados se hicieron exigibles a la terminación de cada uno de estos contratos. Así las cosas, los últimos 3 contratos celebrados entre las partes tienen los siguientes extremos temporales, 01 de agosto del 2018 finaliza el 21/06/2019, el siguiente 01/08/2019 finaliza el 19/06/2020 y el tercer contrato y último entre el 29/07/2020 y finalizó el 07/09/2020, finalmente, la demanda se interpuso el 16/03/2022, razón por la cual los derechos causados y exigibles a partir del 16/03/2019, esto es, 3 años atrás a partir de la interposición de la demanda, se encuentran hacia atrás prescritos. Efectuadas en tal sentido las operaciones aritméticas de rigor para hacer la reliquidación pretendida, se condenará a la fundación Educativa Rochester a realizar y pagar a Sandra Milena Martínez Carvajal por concepto de reliquidación de prestaciones y vacaciones, los siguientes valores: a) \$2.065.556 por reliquidación de cesantías, b) \$208.764 por intereses a las cesantías, c) \$1.576.667 pesos por prima de servicio, d) \$1.032.778 por vacaciones, suma esta última que deberá indexarse al momento efectivo de su pago y desde su causación. Otra pretensión corresponde a la indemnización moratoria artículo 99 ley 50 del 90 respecto de esta sanción, como quiera que los contratos eran a término fijo inferior a 1 año y tuvieron solución de continuidad, la obligación del empleador consistía en pagar las cesantías a la finalización de cada contrato y las prestaciones, razón por la cual no hay lugar a la imposición de esta sanción, teniendo en cuenta, que terminaba el contrato y se pagaba a la mano las cesantías; ahora bien, respecto a la indemnización, moratoria

del artículo 65 la Corte Suprema de Justicia ha reiterado, entre otras sentencias, viene siendo pues la línea jurisprudencial como la 3614 del 2020 que no es de aplicación automática, por lo que en cada caso es necesario estudiar si la conducta del empleador estuvo asistida o no de buena fe; sin embargo, en el presente asunto no se puede establecer que la pasiva hubiese actuado de buena fe, pues al indagársele al representante legal sobre el auxilio de habitación, respondió de manera evasiva, indicando que no era su resorte que era manejado por el área administrativa y dentro del plenario no existen pruebas que permitan concluir que la demandada estaba entregando un auxilio de habitación con la firme convicción de que ese auxilio no tenía como objeto la retribución del servicio, no existe prueba alguna, como reiteramos no tenían control sobre ese dinero, claramente para el despacho correspondía al salario, en consecuencia, al no evidenciarse un actuar de buena fe de la Fundación Rochester se ordenará reconocer a Sandra Milena Carvajal la suma de \$123.000 diarios entre el 08/09/2020 al 07/09/2022, esto es, 24 meses de un día de salario por cada día de retardo, teniendo en cuenta el no pago factor salarial y a partir del día siguiente que sería el 08/09/2022 hasta que se efectúe el pago total de la obligación, se generan intereses moratorios a la tasa máxima vigente de créditos de libre asignación, certificados por la superintendencia financiera sobre el soporte de las prestaciones sociales adeudadas y sobre las que se impuso la condena....”

INCONFORMES CON LA DECISIÓN LAS PARTES PRESENTARON RECURSOS DE APELACION ASÍ:

Parte demandante

“La inconformidad, va frente a la negación de la declaración del despido injusto o despido indirecto por parte del Colegio Rochester. Lo anterior teniendo en cuenta que por las comunicaciones de correo electrónico, la cual la demandante presentó la renuncia, se es evidente que su actuar correspondió a una presión impuesta por su empleador al haberla hecho sentir responsable de la publicación en redes sociales, que de hecho no fue realizada por la demandante, tanto así que tuvo conocimiento realmente el mensaje y este fue puesto en conocimiento por la señora Eliana Aljure quien mediante el mensaje del 05/09/2020 le indicó el contenido del mensaje y adicionalmente indicando el malestar de la institución, fue categórica en solicitar la renuncia de mi poderdante “ a la mayor brevedad”. Adicionalmente, dentro el historial de correos electrónicos también fue notable que la fecha a partir de la cual la señora Sandra Milena Martínez Carvajal dejaría de prestar sus servicios, fue sugerida por su empleador y hubo incluso modificaciones de última hora frente a esta fecha sugerida, también en dichas comunicaciones, la señora Sandra Milena fue reiterativa en expresar su deseo de reunirse con los representantes de la institución para aclarar lo sucedido debido a su deseo de continuar prestando sus servicios y que en respuesta a tal pedimento se reiteró por parte de su empleador la solicitud de la carta de renuncia, teniendo en cuenta que la reunión en la cual se dio la solicitud de la renuncia o se sugirió la renuncia por parte del empleador de la señora Sandra Milena se dio por medio de aplicación de Zoom, como fue mencionado dentro de las declaraciones de los testigos, es evidente que no medió ninguna prueba de tal sugerencia, sin embargo en estas presiones o hechos de los cuales induce a mi poderdante quedan inmersos dentro del historial de correos electrónicos que fue cruzado entre las partes, teniendo en cuenta que los hechos sucedidos no configuran en ninguna falta o incumplimiento que justificara el hostigamiento y la presión a la cual fue sometida la demandante, pues no se configura ninguna justa causa y se vio obligada a presentar su renuncia después de 8 años de servicio interrumpido precisamente al sentirse defraudada, teniendo en cuenta lo que se ha mencionado, que a partir de ese cruce de correos electrónicos, si es notable la presión que se ejerció para ocasionar la renuncia de mi poderdante....”

Parte demandada

“Debo de indicar, respaldar y fundamentar este recurso de apelación en los siguientes términos, solamente en relación con los 2 cargos que prosperaron a favor

del demandante que fueron básicamente lo del auxilio de habitación y la moratoria y el alcance que el juzgado lo emitió con respecto al tema de factor salarial del auxilio de habitación, considerando que fue producto de un pacto mutuo libre y voluntario entre las partes y más, aun cuando ya entre las partes se había suscitado varios contratos como muy bien lo develó el juzgado, la demandada en este caso, sabía de antemano cuál era la regla sobre este concepto y tenía la oportunidad de polemizar o rechazarlo, reformular reproches al momento de pactarlo al momento de firmar los contratos, ella conocía exactamente cuál era ese beneficio, en qué consistía y que de él obtenía una ventaja; de manera que para la Fundación Educativa Rochester ese pacto está dentro de los lineamientos del artículo 128 que el señor juez también dio lectura y en especial cuando se refiere a un auxilio de habitación que en la misma norma el legislador menciona ese concepto e inclusive al final del artículo se refiere que cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituye salario en dinero en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuarios de vacaciones, pero se refiere claramente beneficios, digamos habituales, lo dice la misma norma, de manera que esta parte sigue considerando que el pacto es válido, está encasillado dentro de la norma y consideramos que no debe dar prosperidad, más aún cuando, repito en la trabajadora sabía de antemano esta esta regla precisa en cuanto al salario y este último punto me hace conectar con la segunda inconformidad, que es respecto a la moratoria, indemnización que como bien sabemos, está edificada en cuestionar la buena fe del empleador, aquí cómo va a haber mala fe en algún momento dado, si es que ya habían antecedentes sobre este concepto y la trabajadora jamás protestó, jamás formuló una queja al respecto a este concepto, ¿dónde puede desprenderse una mala fe del empleador, donde puede haber un mala fe?, me hace pensar en engaños y que se hicieron manipulaciones engañosas y fraudulentas para afectarle el vicio de consentimiento que también se habló en la audiencia de hoy, de manera que no estamos conformes con el concepto salarial que ha declarado el juzgado del auxilio de habitación y mucho menos con la moratoria que por supuesto, vamos a expresarlo con más profundidad ante el tribunal si el señor juez nos concede la apelación respecto de lo cual solicito muy comedidamente nos sea autorizado y concedido dicho recurso.....”

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo la existencia de la relación laboral entre la demandante y la pasiva a través de varios contratos a término fijo, el último culminó el 7 de septiembre de 2020, por aparente renuncia de la actora, siendo este uno de los puntos de reproche del recurso, la sala se referirá sobre este particular en primer lugar.

Al respecto indica la parte demandante que dicha renuncia no fue libre y voluntaria por cuanto le fue solicitada por su empleador, es así como el texto de la renuncia indica:

Chía, 7 de septiembre de 2020

Señores

Fundación Educativa Rochester

La presente con el fin de presentar mi renuncia al cargo de docente en Educación Religiosa Escolar en los grados Prejardín, Jardín, Transición, Primero y Segundo A, B, C respectivamente, a partir de la fecha,

Agradezco la oportunidad que me dieron en estos ocho años y espero de igual manera haberle retribuido a la institución con mi trabajo.

Atentamente,

Obra correo remitido a la demandante el 5 de septiembre de 2020 suscrito por Liana Aljure en el que le señala a la primera que se le remite copia del mensaje publicado en redes sociales contra la Institución e indica adicionalmente: “*espero tu carta*”, en respuesta al mismo, la demandante le indica que realiza el envío de la carta de renuncia; de dicha conversación no se puede concluir como lo indica la parte demandante que haya sido constreñida a presentar la misma, contrario a ello, en su carta de renuncia expresó el agradecimiento al empleador por la oportunidad de laborar en dicha institución y si bien en el primer mensaje de correo a que se hizo alusión se indica la solicitud de la carta, no es posible establecer de ello la presión que se alega para la presentación de la misma, pues entre las partes se pudo haber acordado la renuncia por parte de la demandante de manera previa e inclusive, la demandante podía haber continuado laborando a pesar de que indica se le solicitó su renuncia, no obstante, optó por presentar la misma, sin evidenciarse vicio alguno en su consentimiento para el efecto, como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ en sentencia SL 2023 de 2022, oportunidad en que indicó lo siguiente:

*De la primera se extrae, la expresión libre de la voluntad del demandante de retirarse del cargo de Superintendente de Carbón que venía desempeñando, que «obedece a motivos personales», que agradece la oportunidad que le dieron de trabajar en «esa gran empresa» durante 15 años. De la segunda se confirma, la aceptación que de la renuncia hiciera la convocada al juicio. No encuentra esta Sala que a tales documentales el colegiado les haya dado una lectura equivocada o diferente a lo que exhiben, se itera, **se trata de la libre expresión de la voluntad del entonces trabajador encaminada inequívocamente a retirarse de la empresa, por motivos personales y, la manifestación empresarial de aceptar esa decisión expuesta de forma pura y simple.***

De lo que se analizó en precedencia, se puede afirmar que la causa legal que puso fin al contrato de trabajo si bien tuvo origen en la iniciativa libre y voluntaria del trabajador ahora demandante, al ser aceptada por la sociedad demandada condujo a la conformación

del mutuo consentimiento que constituye un modo legal autónomo de terminación del contrato de trabajo, según lo previsto en el literal b) del numeral 1) del art. 61 del CST.

*Ahora bien, el hecho de que en la demanda se afirme que la renuncia obedeció a que después de atender una reunión con el Director de Recursos Humanos, quien ante una presunta falta cometida por el trabajador y la obligación de iniciar un proceso disciplinario en el que podría explicar lo que estaba sucediendo, le sugirió optar entre realizar los descargos o presentar renuncia, lo que a la postre hizo, **no conlleva per se, un acto de coacción, pues bien pudo, inclinarse por el trámite disciplinario y dentro del mismo exponer los hechos en ejercicio de su derecho de defensa, de cara a las faltas que le atribuyeran.***

Recuérdese para el efecto, el alcance fijado en el artículo 1513 del CC: «[...] Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave».
(Negrilla fuera del texto original)

Así las cosas y como lo concluyó la decisión de primer grado, en el presente no se evidencia presión o constreñimiento alguno para la presentación de la renuncia por parte de la demandante, contrario a ello, se observa que fue una decisión libre y voluntaria, lo que se extrae del contenido de dicha comunicación.

Determinado lo anterior y en punto al denominado auxilio de habitación objeto de reproche, respecto del cual se concluyó que tenía incidencia salarial en la decisión de primer grado; ha indicado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado SL 7820 de 2014 en donde rememoró la sentencia 32657 de 2009, que existen elementos que resultan ser determinantes al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario en los términos de los artículos 127 y 128 del C.S. del T. indicando que debe analizarse, **si realmente se trata de un beneficio que retribuya directamente el servicio o, de igual modo, la periodicidad y la regularidad en su pago, su finalidad y la forma como está concebido y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador.**

Es así como respecto del denominado *auxilio de habitación* que se demostró percibía mensualmente la demandante, se observa que como bien adujo la decisión de primer grado, se logra determinar con **claridad** que percibió como ingreso tal concepto de manera **regular** ya que aparece como pagado en la totalidad de las mensualidades en que estuvo vigente la relación laboral, a más de lo anterior, ninguna prueba permite concluir que tal rubro no estaba en realidad destinado a cubrir gastos de habitación de la demandante ya que i) No era cancelado en forma ocasional y por mera ocurrencia o liberalidad de la demandada. Por el contrario, como ya se dijo, se cancelaban de manera constante, ii) No estaban destinados a cubrir gastos de habitación, pues ni siquiera se señaló en el pacto de exclusión del mismo que la actora residiera en municipio distinto al que prestaba sus servicios y por ende, tales

sumas ingresaban directamente a su patrimonio; iii) No se evidenció ninguna justificación o sustento en alguna situación extraordinaria, que implicara el ejercicio de las labores remuneradas, sin que sobre recalcar pues es básico en estos procesos analizar cada caso en concreto; la actora no tenía como se señaló necesidades de habitación diferentes a las que tiene cualquier trabajador, no tenía que desplazarse en la ciudad ni a otras ciudades, como consecuencia del ejercicio normal de su trabajo y no se presenciaba así una situación especial que le diera sustento al auxilio otorgado.

Es así como si bien el recurrente señala que sobre este rubro pesaba pacto de exclusión salarial, su contenido no justifica el reconocimiento de este auxilio, pues como se dijo, no se demostró que la demandante requiriera el pago de dicho rubro para cubrir gastos de habitación, es decir que en la realidad, se itera, enriqueció su patrimonio y contrario a lo indicado por la parte recurrente también en alegaciones, dicha retribución, no se enmarca dentro de los pagos de que trata el artículo del CST como lo concluyó la decisión de instancia, por lo que tal aspecto, tampoco será objeto de modificación.

Por último y en punto a la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones, a juicio de esta sala, no se evidencia un actuar de mala fe de la pasiva al excluir las sumas pagadas a la actora del carácter salarial que se demostró estas tenían. Lo anterior por cuanto, se evidencia de la suscripción del pacto de exclusión salarial que actuó bajo el convencimiento que al suscribir el mismo, le restaba índole salarial a dicho pago y como lo ha indicado reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras en sentencia SL 3073 de 2023, lo que se evidencia en esta oportunidad fue una firme convicción de que dicho auxilio de habitación estaba amparado por un pacto de exclusión salarial y no medió la intención rotunda del empleador de negarle tal índole a dicho pago al punto que para su pago se amparó en lo señalado en el artículo 128 del CST.

por lo que se dispondrá **revocar** el numeral CUARTO de la decisión recurrida, para en su lugar ABSOLVER a la pasiva de la condena allí impuesta, ordenando en su lugar indexar las demás sumas objeto de condena.

Sin costas en la 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: REVOCAR el numeral CUARTO de la decisión recurrida, para en su lugar ABSOLVER a la pasiva de la condena allí impuesta, ordenando en su lugar indexar las demás sumas objeto de condena

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada

TERCERO: Sin Costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2019-796-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS MIGUEL CAMACHO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor SERGIO ANDRÉS DÍAZ, 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 veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 grado jurisdiccional 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 15 de diciembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor LUIS MIGUEL CAMACHO FLÓREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que fue mal asesorado por parte de Protección S.A., en el año 2000 con el fin de promover su traslado de régimen pensional, que no hubo una real asesoría que incluyera la información veraz en cuanto a la manera, tiempo, monto de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 262021900796-01 Dte: LUIS MIGUEL CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la mesada pensional que recibiría al momento de estructurar el derecho a pensión de vejez, que Protección S.A., a través de información no veraz, lo llevó a tomar la decisión de trasladarse de régimen prometiendo iguales o mejores beneficios económicos que los ofrecidos en el RPM, generando una afectación en sus derechos pensionales; como consecuencia de ello, peticiona se declare la nulidad e ineficacia del traslado que realizara a Provenir S.A., por cuanto la misma careció de información veraz; por lo que solicita se ordene a dicha AFP trasladar todos los aportes efectuados por él junto con rendimientos, frutos e intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a Colpensiones, ordenando a esta última activar su afiliación en el RPM, aceptar y recibir el traslado de aportes.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 18 de abril de 1954, que para el año 2000 se encontraba afiliado al RPM a través del ISS, acreditando 650 semanas de cotización, que se trasladó al RAIS en dicha anualidad por intermedio de Protección S.A., fondo al que se encuentra actualmente afiliado y que al momento de su traslado, le informó varias ventajas del RAIS, omitiendo indicarle cómo estaba diseñado cada régimen pensional, que dicha asesoría no contó con ilustración en cuanto a la forma en que estaba diseñado al RAIS, le indicaron de manera errada que tendría una cuantía de pensión igual o mejor que la que reconocería el RPM, que se pondría pensionar a la edad que quisiera, sin indicarle cómo, se le informaron únicamente las ventajas de trasladarse al RAIS, pero no las incidencias negativas, no se le informó que en ese régimen su acceso a la pensión dependería del saldo depositado en la cuenta individual.

Refiere que, confiado en dicha información sesgada, adoptó la decisión de traslado al RAIS y para el año 2019, la AFP le realizó proyección pensional, indicándole que tendría un posible derecho a garantía de pensión mínima, cuando en el RPM tendría una mesada por un valor muy superior, lo que constituye un detrimento de su derecho pensional.

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 No. 1 a 5, 14,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 262021900796-01 Dte: LUIS MIGUEL CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

16 y 21, negó el No. 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. no contestó la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen efectuado por el demandante al RAIS a partir de mayo de 2000.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A., a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que la CSJ, había señalado en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional la Corte Suprema de Justicia, había reiterado que en virtud de lo previsto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en este tipo de casos se debía analizar si el acto jurídico que generó el traslado era libre voluntario, para lo cual, la administradora que promovió el mismo debía demostrar que le había indicado al afiliado tanto las ventajas como las desventajas del mismo, esto es, que le garantizó una libertad informada para que la decisión del afiliado, se considerara autónoma y consciente, la que no tenía tal connotación si el afiliado no conocía las incidencias de dicha decisión y su voluntad informada no se suplía con la simple firma del formulario, que igualmente la Corte había reiterado que dicho deber de las administradoras, se había creado con la promulgación de la Ley 100 de 1993, ya que con el tiempo este deber superaba el de la simple información pasando al del buen consejo, que los fondos de las AFP eran patrimonios autónomos y de propiedad de los afiliados, razón por la cual, se les debía aplicar las normas de los encargos fiduciarios tales como los artículos 1232 y 1243 del C co., de igual forma, conforme las disposiciones del Decreto 656 de 1994, todo fondo tenía la obligación de realizar un



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 262021900796-01 Dte: LUIS MIGUEL CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

reglamento que contenga los derechos y obligaciones de los afiliados y debía serle puesto de presente a cada uno de ellos.

Que conforme a los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había que analizar el momento histórico en que se promovió la afiliación para determinar qué obligación le asistía a la AFP respecto de sus afiliados, debiendo probar estas últimas el suministro de información referente al traslado del afiliado requerido para la época, sin que la sola firma del formulario, acreditara tal circunstancia y se debía suministrar con independencia de si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional.

Descendiendo al caso bajo estudio, había quedado probado que el demandante suscribió formulario de afiliación ante el Fondo de Pensiones Protección S.A., en el mes de abril del año 2000, que dicha documental no daba cuenta del cumplimiento del deber de información, sino de la sola suscripción del mismo y del interrogatorio de parte que había rendido este, había sido claro en manifestar que para el año 2000, efectivamente había suscrito dicho formulario de afiliación, que llegaron los asesores de dicha entidad cuando él se encontraba atendiendo citas médicas, que le informaron que en caso de muerte sus beneficiarios podrían recibir el dinero depositado en su cuenta, pero no le explicaron en qué caso estos dineros harían parte de la masa sucesoral, ni en qué casos podría acceder a la pensión de sobreviviente, no le indicaron que requería un capital mínimo para pensionarse y que si bien le llegan unos extractos, él no los entiende, que no le explicaron las modalidades de pensión, ni las características del RAIS ni las diferencias de este con el RPM; en consecuencia, concluyó el despacho que para el caso del actor, no hubo una información clara, precisa y oportuna respecto a las características del RAIS y no le explicaron en qué circunstancias sería beneficiario de las prestaciones de ese régimen.

Encontrando el despacho que para el año 2000 al actor no se había informado de manera clara, suficiente y completa respecto de las características propias de cada uno de los regímenes, sus beneficios e inconvenientes ni la forma de acceder a los beneficios contenidos en cada uno de ellos, pues el formulario en mención, no suplía tal obligación, señaló entonces que había lugar a declarar la ineficacia de dicho traslado ordenando a Protección S.A., a efectuar la remisión de los fondos depositados en la CAI del actor hacia Colpensiones,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 262021900796-01 Dte: LUIS MIGUEL CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

junto con rendimientos, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y sin lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración.

Declaró no probada la excepción de prescripción como quiera que la acción adelantada tenía ineludible relación con la construcción del derecho pensional y este era imprescriptible.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor LUIS MIGUEL CAMACHO, se circunscribe a la declaratoria de anulación por ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Protección S.A., el 11 de abril del 2000, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por esta parte y visible en expediente digital.

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 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. 262021900796-01 Dte: LUIS MIGUEL CAMACHO 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 la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en sus alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Luis Miguel Camacho, 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 el 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 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:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 262021900796-01 Dte: LUIS MIGUEL CAMACHO 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 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 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 al señor Luis Camacho, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación al RPM, lo que en efecto no ocurrió para el caso bajo estudio.

De otra parte y si bien el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, como lo refiere Colpensiones en alegaciones, 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 **no se sana con el paso**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 262021900796-01 Dte: LUIS MIGUEL CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 2000**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este 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 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 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 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 consultada.

TERCERO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 262021900796-01 Dte: LUIS MIGUEL CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 30-2020-386-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LEIDY FUENTES SUÁREZ, 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 veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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., Skandia S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de enero de 2023.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANSRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 13 de julio de 1994, ante la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndole a error y viciando su consentimiento, que se declare la nulidad de la afiliaciones efectuadas el 16 de abril de 2004, con la AFP Colfondos S.A., el 24 de enero de 2006, con la AFP Skandia S.A., y el 9 de diciembre de 2006, con la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de tales declaraciones peticona se ordene a la AFP Porvenir S.A., retornar al demandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPM y a Colpensiones recibirlo en el RPM y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad. 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 en síntesis señalando que desde el 24 de marzo de 1981, hasta el 27 de julio de 1994, estuvo afiliado al ISS, con la convicción de ser esta entidad más estable para manejar su pensión, que para el 27 de junio de 1994, acumuló un total de 693 semanas cotizadas en el ISS, que para el año 1994, cuando laboraba en la Corporación Gran Colombiana de Ahorros y Viviendas – Granahorrar le presentaron el nuevo régimen pensional, que Granahorrar le exigió el cambio del ISS al fondo privado Horizonte, teniendo en cuenta que era accionista y socia de este fondo, que Granahorrar le dijo que era para que los empleados fortalecieran las finanzas de este fondo naciente, que le remitieron el formulario de traslado pero sin explicar las diferencias que acarreaban ese traslado, que le indicaron que iba a tener mayor rentabilidad, beneficios y la misma pensión.

Manifiesta que los asesores de Horizonte hoy Porvenir S.A., no le explicaron las consecuencias de lo que implicaba el traslado de un fondo público a un fondo privado y sobre la pérdida de beneficios, que realizó el traslado del RPM al RAIS, que para el año 1999, fue visitado en su sitio de trabajo por un ex compañero que estaba laborando para la AFP Colfondos, que el asesor de Colfondos S.A., le indicó que obtendría una mayor rentabilidad y mayores beneficios, que no le realizó ninguna proyección pensional de acuerdo a la edad y salario de la época,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que no le indicó que podía retractarse de ese traslado, que realizó el traslado a la AFP Colfondos S.A., que para el año 2006, cuando laboraba en la Agencia de Megabanco (Banco Cooperativo), la gerente de la oficina les habló de la AFP Skandia S.A., que le indicó que era un fondo diferente y tenía mayor rentabilidad del mercado, que su feje aprovechándose del cargo forzó la vinculación a la AFP Skandia S.A., para los aportes a pensión obligatoria.

Refiere que para finales del 2006, pertenecía al Banco de Bogotá por la compra de entidades financieras y fue vinculado a la AFP Porvenir S.A., que le dieron una asesoría general donde estaban todos los funcionarios de cada agencia, que no recibió una asesoría frente a los beneficios y desventajas que le aplicarían para pensionarse en un fondo privado, que no le hicieron una proyección pensional de acuerdo a su edad y salario, que tiene un total de 1.898 semanas cotizadas a agosto del 2020, en el Sistema General de Pensiones, que el 6 de agosto de 2020, radicó derecho de petición ante Colpensiones y Porvenir S.A., solicitando la declaratoria de nulidad del traslado del RPM al RAIS y, como consecuencia de ello, se le retornara al RPM, que Colpensiones no respondió sobre la posibilidad de realizar la nulidad del traslado del RPM al RAIS, que el 31 de agosto de 2020, Porvenir S.A., dio respuesta a la solicitud comunicándole que no resultaba jurídicamente procedente.

Por último, argumenta que el 10 de agosto de 2020, radicó derecho de petición ante la AFP Colfondos y Skandia S.A., solicitando la nulidad y retorno al RPM, que el 1 de octubre de 2020, la AFP Colfondos dio respuesta a la solicitud indicándole que no era procedente la solicitud de anulación, que mediante oficio de fecha 27 de agosto de 2020, la AFP Skandia S.A., dio respuesta manifestando que no era la competente para anular y/o dejar sin efectos la afiliación, que la AFP Porvenir S.A., realizó la simulación pensional dentro de la probabilidad de vida, en la cual le manifestaron que para cuando cumpliera los 62 años, el valor de la mesada sería de \$1.747.800, que en Colpensiones obtendría una mesada pensional mensual que equivaldría a \$2.143.021.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colfondos S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 15, 31 y 32, negó los No. 11 a 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

excepciones de fondo que denominó la 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.

Por su parte, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el contenido en el numeral 1, negó el No. 2 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó el perfeccionamiento de actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad e innominada o genérica.

En lo que respecta a **Skandia y Porvenir S.A.**, se les tuvo por no contestada la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo el demandante JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE, identificado con cédula de ciudadanía N° 19.476.497, efectuado el 13 de julio de 1994, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, antes administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales - ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1° de agosto de 1994, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado a JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, sin solución de continuidad, de acuerdo con la argumentación esbozada.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE, incluidos sus rendimientos y, con cargo a sus propios recursos, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

permaneció en dicha administradora, esto es, desde 1° de febrero de 2007 y hasta que se haga efectivo el traslado, de conformidad con la argumentación esgrimida.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver, con cargo a sus propios recursos, a COLPENSIONES, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE permaneció en dichas administradoras, en COLFONDOS S.A. desde el 01 de mayo de 1999 a 28 de febrero de 2006, en PORVENIR S.A. de 01 de agosto de 1994 a 30 de abril de 1999 y, en SKANDIA S.A. de 01 de marzo de 2006 a 31 de enero de 2007, de conformidad con la argumentación expuesta.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE, reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM y actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan tal Régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas, de acuerdo con la argumentación esbozada.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. y, a favor del demandante. Por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000.00). Sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que dentro del expediente reposaba historia laboral y cédula de ciudadanía del actor, habiendo nacido el 19 de abril de 1962, arribó a la edad de 52 años el mismo día, contando para el día en que se profirió sentencia con 60 años de edad o un poco más, y también se había acreditado que cotizó 692.86 semanas al RPM de manera ininterrumpida desde el 24 de marzo de 1981, al 31 de julio de 1994, Colfondos había aportado formulario de vinculación suscrito el 29 de marzo de 1999, y estado de cuenta, por su parte, Colpensiones allegó historia laboral del demandante, los formularios de afiliación a la administradoras de pensiones demandadas, destacando como fecha 13 de julio de 1994, se afilió a la administradora de pensiones Horizonte hoy fusionada con Porvenir S.A., también aparece certificación de afiliación a Skandia, historia consolidada de Porvenir, tal como se lee en el archivo 7 del expediente electrónico.

La parte demandante solicitaba la nulidad de su afiliación al RAIS, debiendo determinarse el tema de la ineficacia, señalando que la nulidad en cualquiera



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de sus variantes, era una sanción aplicable a los negocios jurídicos, en tanto se configura un efecto de las denominadas condiciones de validez, por ejemplo, la capacidad de los sujetos del procedimiento exento de vicios, es decir, exento de error, fuerza y dolo, la causal o el objeto y si se habla de nulidad absoluta se configura en aquellos casos en que el acto es celebrado por una persona incapaz, se encuentra afectado por una causal u objeto ilícito contrario a las normas imperativas, a menos que la ley disponga otra cosa. Basta con mirar el contenido de los artículos 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio y, la nulidad relativa es aquella que, cuando el acto es celebrado por una persona relativamente incapaz o se presenta algunos de los vicios del consentimiento, artículos 1741 del Código Civil y 900 del Código de Comercio.

Refirió que, inicialmente las demandas que se presentaban en estos casos de traslado buscaban la nulidad de la afiliación, especialmente en aquellos casos en que estaba el régimen de transición, posteriormente, se vinieron presentado cuando se encontraba alguna circunstancia especial con relación a la información, entonces se estudió la ineficacia y en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los que la ley por razones de diferente naturaleza ha previsto que esto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesaria la existencia de una declaración judicial en tal sentido. La nulidad, requería decisión judicial y la ineficacia opera de pleno derecho. Sin embargo, los contratos de afiliación al RAIS eran una transacción de naturaleza comercial pues el contrato implica la administración de unos recursos que reposan en una cuenta de ahorro individual y estas administradoras están sujetas a normas de naturaleza civil y comercial pero también financieras, por eso es que la Corte Suprema de Justicia mencionó que en estos casos no debe abordarse el estudio desde el punto de la nulidad absoluta o relativa, toda vez que las consecuencias generadas por la falta de información no es la nulidad sino la ineficacia, ya que las administradoras de los fondos de pensiones desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados u usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional so pena de resultar ineficaz el traslado, Sentencia 12136 del 3 de septiembre de 2014.

Así, le correspondía al fondo administrador de pensiones demostrar en juicio que cumplió con la obligación de entregar una información veraz y oportuna de la situación pensional en cada uno de los regímenes pensionales, por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

encontrarse en una posición dominante y tener la posibilidad de probar su dicho en aplicación a la carga dinámica de la prueba y como prueba a este respecto, solamente aparecía formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., suscrito el 13 de julio de 1994, siendo así que no se le explicó las implicaciones que traía el traslado de régimen pensional, no se le explicó sobre las diferencias existentes entre los regímenes, características, condiciones, ventajas y desventajas.

A pesar de que se interrogó al demandante por parte de los apoderados judiciales, no se logró confesión sobre este punto, toda vez que ratificó su versión de que se encontraba trabajando en una entidad financiera y que hacía parte de Horizonte y se vio presionado a firmar el formulario, no habla de que haya existido fuerza, dolo pero él consideraba que por el hecho de pertenecer al mismo grupo financiero o económico se podría ver afectado, sin embargo, sobre eso no había pruebas que ratifiquen su versión pero lo que sí está claro es que le correspondía al fondo entrar a demostrar que lo documentó suficientemente sobre los aspectos que rodean la permanencia en uno u otro régimen pensional, ya que el RAIS y el RPM tienen sus propios beneficios y características pero también tienen algunas circunstancias que no benefician al afiliado en uno u otro régimen pensional, por eso es importante conocerlas para tomar una mejor determinación.

En cuanto a los actos de relacionamiento alegados por Colpensiones, no se probó con grado de certeza que esos traslados que se hicieron a los otros fondos, Colfondos y Skandia S.A., hayan estado precedidos de los conocimientos necesarios, simplemente habló que un amigo lo había invitado a un traslado porque se beneficiaba por los mayores rendimientos y generar unas metas, eso no es un buen consejo y tampoco es una buena ilustración, al respecto, la CSJ había reiterado que los traslados horizontales que se hagan posteriormente entre administradoras del mismo régimen, no convalidan la afiliación inicial viciada en este caso, ineficaz.

En cuanto al formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir, únicamente aparecía la información personal, los datos laborales del convocante, la designación de sus beneficiarios y la firma, la cual no ha sido desconocida pero la simple firma del formulario de afiliación y traslado de régimen, así como el traslado entre administradoras del mismo régimen no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

son prueba suficiente que permitan determinar que a la parte demandante se le proporcionó toda la debida ilustración, asesoría y buen consejo, es decir, tenía que darse la oportunidad de que conociera las implicaciones del cambio de régimen.

Con estas evidencias analizadas en su conjunto, se llega a la certeza que al momento de la afiliación al RAIS, el demandante no tenía los plenos conocimientos ni las consecuencias de ese traslado de régimen, a pesar de que prestaba servicios para el sector financiero y si bien el actor ha permanecido afiliado al RAIS por más de 20 años, ello por sí sólo no acredita la intención de permanecer en el régimen, entendiéndose la vinculación desinformada y el consecuente pago de aportes a pensión como un acto de relacionamiento pues son obligaciones propias que se generan con ocasión a la firma del formulario. Así las cosas, el traslado de régimen pensional que hizo José Germán García Manrique a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., a partir de la suscripción del formulario el 13 de julio de 1994, se tornaba ineficaz, pero también se debía tener en cuenta el momento en que cobro eficacia ese traslado y que se encuentra válidamente vinculado al RPM administrado por Colpensiones.

Igualmente, se debía condenar a Skandia que es donde se encuentra actualmente el capital y los rendimientos a transferir a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor incluyendo los rendimientos, desde el momento en que cobró efectividad el traslado, 1 de marzo de 2006, hasta que se haga efectivo el regreso al RPM. De igual forma, la AFP Horizonte hoy Porvenir, Colfondos S.A., y Skandia debían devolver con cargo a sus propios recursos las comisiones, los gastos por concepto de administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima debidamente indexados, por el lapso en que el actor permaneció en esas administradoras de los fondos de pensiones, debiendo Colpensiones una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualizar la información en su historia laboral para garantizar el derecho bajo las normas que regulan el RPM.

Frente a la excepción de prescripción alegada por Colfondos S.A., y por Colpensiones, indicó que la CSJ había tenido la oportunidad de pronunciarse aclarando que no existe una prescripción especial cuando están de por medio derechos y acciones que se originen por la controversia de traslado de régimen



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensional, entonces, al ser la pensión y el régimen pensional elementos integrantes del régimen fundamental a la Seguridad Social, resultan imprescriptibles y, por lo tanto, no es posible aplicar o afectar estos derechos por la figura de la prescripción, no se pueden aplicar términos existentes en materia laboral o en materia civil para reclamar o ejercer acciones frente al traslado de régimen pensional, por lo que no alcanza prosperidad.

Condenó en costas a Skandia, Porvenir y Colfondos S.A., indicando que no procedían a cargo de Colpensiones, dado que no tuvo injerencia en el negocio jurídico y se encontraba frente a una prohibición, toda vez que cuando se elevó la solicitud de traslado o de retorno ya se encontraba el demandante a menos de 10 años para adquirir su derecho y la Ley 797 de 2003, así lo indicó.

RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir S.A., recurrió solicitando se revoque de forma parcializada el fallo proferido pues si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción como lo cita el a-quo, los argumentos que ha manifestado el H. Tribunal en diferentes Salas, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, ya que se deben analizar circunstancias de cada caso en concreto y es por eso que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción. A este respecto, la Superintendencia Financiera de Colombia indicó en el 2020, de forma expresa que en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado las únicas cifras a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado sin que proceda la devolución de prima de seguros, pues en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y la comisión de administración.

Es por lo anterior, que deberá declararse la prescripción de la devolución de gastos de administración, primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o sus rendimientos financieros, por cuanto no le corresponden estos valores a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez no puede



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

predicarse su imprescriptibilidad, característica que goza precisamente el derecho pensional.

Frente a la indexación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali ha indicado en el Proceso 2021-489, indicó respecto de la no procedencia de esta, ya que con el traslado de los rendimientos se compensaba la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se revoca dicha determinación y, en su lugar, se ordena devolver todas las sumas junto con sus rendimientos.

Skandia S.A., interpone recurso parcialmente contra el numeral 4, en el sentido de condenar a Skandia hacer un traslado de gastos, primas, rubros o conceptos de manera indexada, por lo que solicita se revoque el numeral 4 en cuanto a las condenas a Skandia, dado que como se pudo ver en el presente caso ya se declaró en los numerales 1 y 2 una ineficacia del traslado, que es una consecuencia jurisprudencial que se genera en este tipo de procesos o casos cuyas pretensiones es la ineficacia, dicha consecuencia debe generar unos efectos y estos deben estar suscritos o bajo los postulados del Decreto 3995 de 2008, que de manera muy específica y contundente y, aún más, taxativa, señala cuáles son aquellos emolumentos que deban trasladarse en el momento que opera un traslado del RAIS al RPM y, en orden de ideas, no contempla en dicha normatividad que exista o que deba Skandia trasladar hacia Colpensiones los referidos gastos y primas y todos esos conceptos de manera indexada; dado que la norma solamente señala que deben trasladarse son los aportes en la cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima.

En cumplimiento de este decreto fue que Skandia según la certificación que obra dentro del proceso, que si bien es cierto se tuvo por no contestada, sí se le dio valor probatorio a dicha certificación y en esta se señaló que el 13 de febrero de 2007, se trasladó hacia Porvenir todos los conceptos que, por ley, es decir, por el Decreto 3995 estaban destinados a trasladar hacia Porvenir. Teniendo en cuenta que la cuenta del demandante se encuentra en cero y por la norma en cita, no es dable que se una orden impartida contra Skandia en el numeral 4, referida a trasladar estos rubros durante el poco tiempo que estuvo afiliado el demandante con esta administradora, la norma tampoco señala que deban recaer sobre las primas, por ello y teniendo en consideración que la legislación del año 2008, guarda una relación armónica con las disposiciones de la Ley 100



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de 1993, no existe una omisión legislativa al no contemplar estos rubros sino que en función de la Ley 100, donde en el artículo 20 le da una destinación específica a esos gastos de administración, que no es otro que la correcta y eficiente administración de la cuenta de ahorro del demandante. Por ende, dichos conceptos fueron debidamente utilizados y destinados y no están en poder de Skandia, lo mismo pasa con las primas o seguros previsionales, dado que en cumplimiento de la Ley 100, se trasladaron a un tercero que es una aseguradora para poder pagar dichas primas y cubrir las posibles contingencias de invalidez y muerte. Así, es un tercero más no Skandia que tienen estos rubros.

Respecto de la indexación de dichos conceptos pide tener en consideración la figura de la compensación, dado que como se evidencia en el numeral 3, se está condenando a las administradoras a trasladar unos rendimientos y al generarse estos más la indexación se estaría generando doble sanción por la misma consecuencia jurisprudencial, por lo que es menester considerar que como ya se ordenó la devolución de los rendimientos, bajo esta figura se pueda compensar la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudo haberse generado en el capital del afiliado, esta tesis fue acogida favorablemente por los Magistrados de la Sala Laboral de la ciudad Cali y si eventualmente se llega a confirmar los referidos gastos y primas pues que no sea condenada Skandia a trasladar de manera indexada.

Insiste en que si se llegan a confirmar estos rubros, bajo la figura de la prescripción tanto los gastos como la prima, considera prescriben porque los gastos de administración al ser unos emolumentos de orden económico y que son periódicos y que, además, no está destinado ese 3% a cubrir la pensión de vejez del demandante cabe dicha figura y la cual se extiende a la prima, pues el Código de Comercio de manera clara, artículo 1081, señala que las acciones que se deriven de los contratos de seguro prescriben en dos años y considerando que la relación contractual del demandante con Skandia finalizó desde febrero prácticamente porque terminó el 31 de enero de 2007, por lo que cabe la figura de la prescripción.

Colpensiones, recurrió solicitando se modifique la sentencia, en el sentido de que se condene a la AFP Horizonte hoy Porvenir a tratar al afiliado conforme a las reglas del RPM y si se confirma la falta de información en la que incurrió con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

el demandante, que existían miles de procesos ordinarios laborales, tendientes a declarar la ineficacia del traslado realizado por los afiliados desde el RPM al RAIS, aduciendo vicio en el consentimiento por falta de información o buen consejo, falta de exposición de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, entre otros; lo cual está generando miles de sentencias condenatorias donde Colpensiones se ve obligada a recibir y afiliarse al demandante junto con los aportes que se encontraban en la cuenta de ahorro individual y asumir la prestación pensional. Las sentencias condenatorias que ordenan a Colpensiones a recibir a los afiliados parte de una injusticia incompleta o parcialmente desacertada, ya que reconocen el derecho del afiliado de retornar al RPM pero dicha decisión afecta gravemente el derecho de Colpensiones, quien se ve obligado a aceptar la afiliación, actualizar la historia laboral y reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos del afiliado. Así, Colpensiones estaría siendo condenado por un hecho que no cometió durante la afiliación al RAIS.

Para esta representación no es justo que se condene a Colpensiones a recibir los aportes del demandante, por cuanto no fue el causante del traslado de régimen que incentivó al actor que se desafiliara del ISS, entonces al no haber un hecho generador que infiera que Colpensiones hizo incurrir en error al actor no puede ser posible la condena de recibir los aportes en la cuenta de ahorro individual por existir otra forma de restablecer el derecho del demandante. Conforme lo anterior, los Magistrados Laborales que vayan a conocer este proceso en segunda instancia, podrían asumir una decisión más ajustada para que sea revisada, posteriormente, por la Corte para que pueda implementarse un nuevo precedente jurisprudencial que re-dirija la condena de los procesos de ineficacia a los fondos privados que causaron la desinformación del afiliado. Sin embargo, la decisión de autorizar a Colpensiones a reclamar por vía judicial los perjuicios, sigue afectando los intereses financieros de la entidad porque estaría obligado a pagar los honorarios de los profesionales del derecho para perseguir esos perjuicios, generando más pérdidas de dinero y desgaste de tiempo para Colpensiones y dineros que salen de la bolsa común donde todos los afiliados del RPM hacen sus cotizaciones, descapitalizando así el RPM.

Con el fin de parar la afectación económica generada a la entidad en cada una de estas sentencias dictadas en esta materia, surge la decisión de condenarse a los fondos privados siempre que se demuestre la omisión de la información para



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que estos asuman como consecuencia de su error la afiliación del actor conforme las reglas del RPM y se absuelva a Colpensiones de recibir el traslado como consecuencia de una orden judicial.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE, 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 S.A., el 13 de julio de 1994, como se verifica de la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, allegada por la AFP Colfondos S.A., no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que hiciera el actor a Colfondos S.A., el 29 de marzo de 1999, hacía Skandia S.A., el 24 de enero de 2006, y finalmente, de Skandia a Porvenir S.A., el 1 de febrero de 2007, de acuerdo con el Registro Único de Afiliados – RUAF, 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 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMÁN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 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 José Germán García Manrique, 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 la AFP Horizonte hoy 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 la toma de decisión, tanto lo favorable como lo 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 tópicamente también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se reitera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

Por otra parte y en cuanto al argumento de las recurrentes Porvenir y Skandia S.A., esbozado en sus recursos y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración, primas de seguro previsional se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado **de manera indexada**, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por el Juzgador de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

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

Sobre este tópicamente, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A., emanado por la Superintendencia Financiera y la decisión judicial que alega Skandia en su recurso, no ostentan 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En cuanto al argumento de Colpensiones esbozado en alegaciones, 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.

Sobre este punto, no se accederá a la solicitud de revocatoria de la condena impuesta a cargo de Skandía S.A., pues si bien acreditó haber trasladado las cotizaciones en febrero de 2007 a órdenes de Porvenir S.A., no se demuestra que estos hayan incluido los rubros objeto de condena en la sentencia recurrida.

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 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** dispuesta en la decisión de primer grado.

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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30202000386-01 Dte: JOSÉ GERMAN GARCÍA MANRIQUE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA HORMAZA NIÑO VS FRANCISCO
BERNATE OCHOA RAD N° 30-2022-150-01**

En Bogotá D.C., a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024); 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 el apoderado de la parte demandada contra el auto proferido por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá el día ocho (8) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), en cuya virtud declaró no probada la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario. (Expediente Digital).

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.

HECHOS

La señora CLAUDIA ANDREA HORMAZA, instauró demanda en contra de FRANCISCO BERNATE OCHOA, para que se Declare que fue despedida estando cobijada por estabilidad laboral reforzada al encontrarse en licencia de maternidad y previa declaración de existencia de un contrato de trabajo verbal celebrado con él demandado. En consecuencia, solicita reintegro, previa declaración de nulidad, del despido, declarando a su vez que no hubo solución de continuidad. En forma subsidiaria solicita indemnización por despido, sanciones moratorias, indexación y extra y ultra petita. Afirma como sustento a sus pretensiones, que **el 1 de agosto de 2014 se vinculó laboralmente con el señor FRANCISCO BERNATE OCHOA, en su calidad de empleador, mediante la modalidad de contrato verbal a término**

indefinido, desempeñando el cargo de auxiliar administrativa y abogada.
(Expediente Digital).

El demandado contestó y propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario, con DIANA MUÑOZ CASTELLANOS, por cuanto en la demanda en uno de los hechos se afirmó que, en los primeros años de la relación laboral, era la esposa del demandado y quien le pagaba los salarios, se beneficiaba de sus servicios y fue quien la relacionó con el demandado, siendo además abogada asociada.

El A – Quo declaró no probada la excepción propuesta considerando en síntesis lo siguiente: *”... Indica el artículo 32 del CPTSS, que pueden proponerse como excepciones previas las de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión, sin embargo, en lo no regulado, nos permite el artículo 145 del CPTSS, acudir a lo normado en el CGP, artículo 100 numeral 9 que contempla que salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer la excepción previa de no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios, siendo preciso resaltar que las excepciones previas tienen como finalidad sanear el procedimiento adelantado en aras de prevenir sentencias inhibitorias o nulidades que produzcan un desgaste innecesario del aparato judicial.*

Como sustento de la excepción, el demandado argumenta que se hace necesaria la vinculación de Diana Carolina Muñoz ya que fue relacionada en los hechos de la demanda como la persona que en el periodo comprendido entre el año 2014 al 2019, efectuó pagos a la actora, además aquella se benefició de los servicios prestados por la demandante, por ende, podría existir una responsabilidad solidaria frente a las pretensiones del libelo; señala que se hace necesario convocar a los supuestos empleadores de la demandante por el periodo que va entre el 1 de agosto de 2014 al 14 de enero de 2022, toda vez que para ese lapso la actora registra aportes al sistema de seguridad social en pensiones de las sociedades Estructuras y Anclajes HR Ltda., Empresa de Seguridad y vigilancia PRW y Fecads Ingeniería S.A.S. ; así las cosas es pertinente recordar que el artículo 27 del CTPSS, que indica las personas contra las cuales se dirige la demanda disponiendo que debe ser dirigida contra el empleador o representantes cuando tengan la facultad de comparecer al proceso, adicionalmente el artículo 25 del mismo estatuto, regula lo atinente a la concurrencia de contratos estableciendo que aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otros, no pierde su naturaleza y le son aplicables las normas de ese código, los artículos 60 y 61 del CGP, acerca de las figuras de litisconsortes necesarios y facultativos y lo que tiene que ver con su integración, señalando entre otros que cuando la demanda no se dirija contra alguno de los litisconsortes necesarios, podrá pedirse su vinculación, acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.

Sin embargo, en materia laboral tenemos uno términos muy estrictos para efectos de la reforma de la demanda, bajo ese entendimiento, al analizar los documentos que integran el expediente, observamos que la doctora Claudia Hormaza Niño, pretende se declare que se encontraba cobijada por la denominada estabilidad laboral reforzada al momento en que fue despedida por encontrarse en licencia de maternidad, solicita la declaratoria de nulidad de la desvinculación y su reintegro sin solución de continuidad, no obstante, a la par de estos pedimentos, persigue también la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo verbal de duración indefinida con el demandado, los dos profesionales del derecho, dice la actora que este terminó de manera unilateral y sin justa causa.

En el hecho 7 de escrito de demanda, la actora alega que el empleador efectuaba pago de salario a su favor de manera quincenal, consignando dicho dinero a su cuenta bancaria, en el hecho 8 sostiene que durante los primeros años de relación laboral, el empleador efectuaba el pago de salario a través de quien para la época era su esposa, Diana Muñoz Castellanos, quien directamente le pagaba a la

trabajadora por instrucción del demandado y en el hecho 10 asegura que por cuenta de ello y ante la omisión en el pago de aportes, era la trabajadora directamente quien efectuaba los destinados al sistema de seguridad social en salud y pensión por medio de las sociedades de su propiedad, Estructuras y Anclajes HR, Omicron S.A.S y fecads Ingeniería S.A.S.

Conforme a ello, surge evidente que desentrañando el interés de la demandante, fue dirigir las pretensiones única y exclusivamente en contra del doctor Francisco Bernate, sin que en ningún momento hubiera hecho mención de haber prestado servicios a persona jurídica o natural diferente al demandado, así mismo en los términos del artículo 64 del CGP, no basta con pedir la integración de quien es considerado Litis consorte necesario, sino que debe acompañarse tal pedimento con la respectiva prueba que lo soporte, lo que no ocurre en este caso como quiera que de los anexos de contestación de demanda, solo se refieren a cruce de correos entre la demandante y Juan Sebastián Muñoz, poderes otorgados por Bernate a Claudia Andrea, certificados de existencia y representación legal de las sociedades antes aludidas, consulta de afiliaciones y hoja de vida de la actora; siendo así, no es necesaria la integración de estas personas, declarando no probada la excepción propuesta, debiéndose condenar en costas al demandado por así permitirlo la Ley, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Inconforme con esta decisión, la parte demandada interpone recurso de apelación afirmando: "...Si bien es cierto, las excepciones previas tienen como finalidad que queden gravitando nulidades procesales, no es menos cierto que bajo las figuras propias del derecho laboral el tema de solidaridad emana de la ley, no de la voluntad de las partes y en el presente asunto se tiene que esta es la etapa previa a lo que corresponde a la probatoria donde efectivamente si bien es cierto la doctora Diana Muñoz está citada como testigo, no es menos cierto que ella era quien realizaba los pagos de forma directa a la demandante y así se deduce del escrito que interpretó el señor juez y los hechos a los que hizo referencia.

Ahora bien, va a venir en la calidad de testigo y eventualmente no se puede llegar a la verdad material de lo que ocurrió acá, no estamos hablando del criterio de hombre medio, sino de sujetos calificados, personas o profesionales del derecho que tienen una formación clara de cuáles son las reglas del derecho laboral, esto implica que hay una situación que también es relevante y es cómo la señora Claudia no quedó desprotegida del sistema de seguridad social, por el contrario, de las mismas pruebas aportadas por ella se observa como fue cubierta por el régimen de salud como independiente, esta situación implica que se llegue a esa verdad porque el objeto de debate y el problema a resolver es si hubo contrato de trabajo o no, pero tampoco se puede desconocer la lealtad, la buena fe y probidad con que deben actuar los profesionales del derecho cuando acuden a la jurisdicción laboral alegando la existencia de un contrato de trabajo cuando como se ve con las mismas pruebas allegadas por la parte demandante, ella era representante legal de varias sociedades y también se desprende que hizo cotizaciones como dependiente contrario a lo que dice en sus hechos al manifestar que tenía que estar tiempo completo con mi poderdante de 8 am a 5 pm, situaciones que deben ser demostradas y aclaradas durante la etapa probatoria y no pueden quedar gravitando esas nulidades de quiénes son los responsables de esos derechos e indiscutibles como trabajadora, pues se contradice en sus dichos y es por eso que se pide la integración del contradictorio, alejándonos de los conflictos de orden societario, familiar que puedan existir como se expone en la contestación de la demanda, mi poderdante se ha visto expuesto no solo a su riesgo reputacional, sino también a una situación familiar donde se ha expuesto incluso a su menor hijo.

Entonces en este sentido, sí se hace necesario la integración del litisconsorcio con la doctora Diana Muñoz y si bien las pruebas que están allí pueden considerarse como sumarias, al articularse con el acervo probatorio del anexo de la demanda, se observa claramente como en la historia laboral se observa como efectivamente la actora cotizó al sistema de manera particular en la AFP Porvenir con diferentes empleadores y también debemos dejar muy claro cómo fue que se llegó al reconocimiento de esa licencia de maternidad como trabajadora dependiente y

como es que sigue apareciendo como parte del equipo de la doctora Diana Muñoz según las pruebas que se allegaron con la demanda y allí se observa de manera clara y precisa al dar respuesta al hecho No. 11 que ella hace parte de este equipo. Entonces son situaciones en las que efectivamente sí se requiere verificar quién era el que hacía el pago de manera personal y sin ahondar tanto en el tema probatorio diríamos que se reúnen los presupuestos de la confesión espontánea prevista en el CGP, esa es la finalidad de integrar el litisconsorcio, no es un tema dilatorio, sino un tema del compromiso que nos asiste con el compromiso de que estamos hablando de 3 profesionales del derecho que no pueden instrumentalizar la justicia y menos la laboral bajo los derechos sociales abusando de esas figuras....”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso, según lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S; advirtiendo desde ya que la decisión de la Juez será confirmada. Veamos las razones; siendo necesario previo a resolver; hacer algunas precisiones.

El artículo 61 del C.GP., aplicable por analogía al procedimiento laboral, señala que **cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos**, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

Basta con leer la norma para concluir que no hay ningún asunto que deba resolverse necesariamente con la señora **DIANA MUÑOZ CASTELLANOS** o que sea imposible resolver de mérito sin su comparecencia, toda vez que la demanda está dirigida única y exclusivamente contra **FRANCISCO BERNATE OCHOA**, es el a quien se señala como empleador y no existe ninguna relación o acto jurídico que por ley deba resolverse en este juicio con la que en la época de los hechos era su esposa, por el solo hecho de hacer los pagos por haberla relacionado con el demandado, menos, teniéndola como socia de una persona jurídica que no se demanda; pues las pretensiones solo se dirigen en contra, se itera, del aca demandado.

Varias afirmaciones del recurso, definitivamente será asunto que se resolverá en la sentencia, sin que se tenga que vincular a esa persona y menos aún sin que tenga que ver con los requisitos antes mencionados para que proceda esta figura. Se itera todas las disquisiciones al respecto, tanto al proponer la excepción como al sustentar el recurso, en nada guardan relación con la figura

establecida en el art 61 del CGP, y se itera más bien son argumentos de defensa para el juicio, **luego no existe relación de las que señala la norma contenida en el art 61 del CGP, esto es de aquellas que por su naturaleza o por disposición legal obligan a resolver de manera uniforme**. Siendo ello así; para la definición de las pretensiones principales y subsidiarias, **no es necesaria la intervención de la persona que hacía los pagos, o quien la; - en términos de quien acude a la figura; - la relacionó con el demandado pues sin ella perfectamente se puede producir una sentencia de fondo, que determine si existió contrato con el demandado y si hay lugar a lo solicitado.**

Insiste la Sala, para integrar el litisconsorcio solo debe el juez atenerse a los requisitos de la norma que lo contempla, sin que en este caso se den estos presupuestos y también en que la integración del litisconsorcio necesario, es una figura que tiende a la vinculación de todas aquellas personas que pueden verse afectadas por las decisiones, a fin de que se informen de la naturaleza del proceso, **asuman la posición de parte** y ejerzan sus derechos de contradicción y defensa. En virtud de ello, la vinculación al proceso de una persona a fin de integrar el litisconsorcio **requiere únicamente de la demostración de que la relación sustancial debatida en juicio puede afectar a la parte llamada a integrarlo,** lo que no sucede, ni si quiera con el argumento de haber sido socia, y menos aún con los antes señalados; aceptar esos argumentos, nos llevaría a tener que vincular a los jefes de recursos humanos; que son los que pagan en las empresas, o a quienes presentan hojas de vida a las mismas y hacen la selección, lo que salta a la vista no contempla la norma.

Ahora que haya abusos de derechos sociales y otras al respecto hechas en el recurso; no pasan de ser afirmaciones, que serán a lo mucho tema de debate en juicio, **se itera, no dejan de ser afirmaciones, sin argumento alguno que incida en la figura que aca se discute.**

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión impartida por el A-Quo, por encontrarse ajustada a derecho.

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto materia de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

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

Los magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salario mínimo legal vigente, a cargo del recurrente y según lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE

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

PROCESO ORDINARIO No. 32-2019-043-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LAURA NATALIA GUERRERO, 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 veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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., Skandia S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 23 de enero de 2023.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y en forma subsidiaria la ineficacia del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Individual con Solidaridad, el 19 de enero de 1998, ante la omisión de la AFP Porvenir S.A., de informar de manera clara, completa y veraz sobre las implicaciones que tenía el cambio de régimen. Como consecuencia de tal declaración peticiona se condene a Porvenir S.A., a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que hubieren causado, que se condene a Colpensiones a recibirlo como afiliado, así como los valores que cotizó mientras estuvo vinculado en el RAIS con sus rendimientos y bonos pensionales y a que contabilice las semanas cotizadas para efectos de pensión en el RAIS. Por último, solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis señalando que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, desde febrero de 1978, que estando afiliado al ISS el 19 de enero de 1998, fue trasladado del RPM al RAIS por el fondo privado Porvenir S.A., que al momento del traslado no fue asesorado de manera transparente, completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones y, en general, las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen, que Porvenir S.A., a través de sus representantes no lo asesoró respecto al régimen que más le convenía, teniendo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando, que no se le informó cuánto 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, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad.

Indica que Porvenir S.A., no le informó que no todo el aporte mensual que hiciera iría a su cuenta individual y que parte de este se destinaria al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen, que no le expresó sobre la posibilidad que tenía de negociar el bono pensional entregado por el RPM como consecuencia del traslado para anticipar su



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensión, no le hizo proyecciones futuras de su pensión ni sobre el derecho de retracto, que no le señaló sobre las condiciones requeridas en el RAIS para pensionarse anticipadamente y que actualmente se encuentra vinculado y cotizando para pensiones al fondo privado Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, en cuanto a la pretensión principal No. 1 y la subsidiaria no se opuso ni se allanó, no ser una pretensión la No. 6 y se opuso a la prosperidad de las demás, respecto de los hechos aceptó los contenidos en los numerales 2 y 14, negó el No. 1 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e innominada o genérica.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, respecto de las pretensiones principales No. 3 y 6 no se opuso ni las aceptó y se opuso a la prosperidad de las demás, en cuanto a los hechos aceptó los No. 1 y 14 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

Skandia S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones principales No. 4 y 5 y no se opuso ni se allanó respecto de las demás, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, 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 fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Colfondos S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones principales No. 4 y 5 y no presentó oposición respecto de las demás, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de fondo que denominó buen fe, innominada o genérica y compensación y pago.

Protección S.A., no se opuso ni se allanó respecto de la pretensión principal No. 6 y presentó oposición respecto de las demás, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno. 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, innominada o genérica, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Skandia y AFP Porvenir y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

La llamada en garantía, **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.**, manifestó no ser una pretensión las No. 4 y 5 y se opuso frente a las demás, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otras AFPS, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, prescripción de la acción de nulidad, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas y las vinculadas; **DECLARAR PROBADA** la excepción inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. formulada por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ a través de PORVENIR S.A., de fecha 19 de enero de 1998, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la vinculadas SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE estuvo afiliada a cada una de estas sociedades, valores que deberán ser indexados y asumidos por las vinculadas con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) SMLMV. Así mismo, CONDÉNESE en costas a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a favor de la llamada en garantía, fijando como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que, se encontraba debidamente acreditado que el demandante nació el 8 de febrero de 1960, contando con 62 años cumplidos, próximo a cumplir los 63 años, que se afilió al ISS el 29 de abril de 1981, y cotizó un total de 643.43 semanas hasta el mes de enero de 1998, según reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones, que suscribió formulario de vinculación a la AFP Porvenir



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

el 19 de enero de 1998, posterior a ello, se trasladó de manera horizontal entre administradoras del RAIS a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 29 de junio de 2001, más adelante se trasladó a la AFP Santander hoy Protección S.A., el 14 de agosto de 2002, nuevamente se trasladó el 24 de marzo de 2010, a la AFP Skandia, posteriormente se trasladó el 23 de febrero de 2011, a Colfondos S.A., más adelante, el 30 de noviembre de 2011, se trasladó a la AFP ING hoy Protección S.A., nuevamente se trasladó a la AFP Horizonte el 15 de agosto de 2012, se trasladó nuevamente a la AFP Skandia el 9 de octubre de 2013, y finalmente, retornó a Porvenir S.A., el 9 de septiembre de 2015, administradora esta última en la que se encuentra afiliado.

Se había escuchado en interrogatorio de parte al demandante quien básicamente manifestó que su afiliación a Porvenir se dio en el año 1998, que fueron convocados a una reunión a las 7 de la mañana, que se encontraba prestando sus servicios como trabajador en misión en La Texas Petroleum, que en la reunión estuvieron de 10 a 12 personas, que les hablaron sobre el ISS que no iba a continuar o que presentaba una difícil situación que eventualmente la llevaría a la liquidación, que se les preguntó cuánto tiempo llevaban afiliados al Seguro Social, que quienes llevaran poco tiempo se podían pasar y que aquellas personas que ya llevaran bastante tiempo cotizando al ISS no les era posible trasladarse, que en su caso le preguntaron y llevaba más o menos 12 años, y le dijeron hágase a un lado e hicieron una fila con los demás compañeros y firmaron el formulario y se fueron a trabajar, señaló que no le hablaron de la cuenta de ahorro individual, que no le hablaron sobre los rendimientos que podrían producir sus aportes, aceptó conocer los requisitos para pensionarse en el Seguro Social; no obstante, en lo que respecta a los requisitos para pensionarse en el RAIS, manifestó que le dijeron que eran los mismos del Seguro Social, que no le hablaron de qué pasaría en caso de que falleciera, que no recuerda porque razón dio los datos de sus eventuales beneficiarios, que lo único que hizo fue firmar el formulario de afiliación, que no lo diligenció, señaló que no intentó regresar al Seguro Social por la mala propaganda que había y en cuanto a sus diferentes traslados entre administradoras del RAIS manifestó que cuando la oficina de recursos humanos del empleador decide que había que cambiar de fondo, entonces se cambiaban y que dejaban firmados los formularios y se iban a trabajar.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Que en esa reunión inicial no habían brindado información acerca de las diferencias entre el Seguro Social y el RAIS y reiteró nuevamente que lo que les habían dicho es que la pensión era igual en uno y en otro régimen. También señaló que en sus traslados entre administradoras del RAIS, no había recibido ninguna información o sostenido ninguna charla con representantes de los fondos de pensiones.

Que conforme las pruebas allegadas al proceso, y la sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, había construido una línea jurisprudencial en la que, entre otras cosas, había sido enfática en señalar que la carga de la prueba en cuanto al deber de información está en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, que estas deben acreditar que se le brindó información al afiliado o potencial afiliado sobre las características, condiciones, riesgos, ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, advirtiéndose que el deber de información como lo ha venido señalando la CSJ desde el año 2008, existe desde la misma creación de los fondos de pensiones, máxime que están sujetas a la regulación y vigilancia de la Superintendencia Financiera y que les aplica el Estatuto Financiero y para el efecto el Decreto 663 de 1993, en su artículo 97.

Algunas de las demandadas hacían especial mención de esos formularios de afiliación y que ellos dan prueba del consentimiento informado al demandante al momento de su afiliación o de sus traslados; no obstante, desde la Sentencia 46292 del 3 de septiembre de 2014, la CSJ ha señalado que no puede argüirse la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que puede tener la decisión frente a sus derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho el requisito del deber de información con una simple expresión genérica consignada en un formulario, no siendo necesario que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición, estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación, que la actuación viciada del traslado del RPM al RAIS no se convalida por los posteriores traslados entre administradoras del RAIS.

Como quiera que más allá de los formularios de afiliación, no había ninguna prueba que acredite el cumplimiento del deber de información por parte de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

las demandadas, ya que del interrogatorio de parte rendido por el demandante no era posible establecer una confesión, por el contrario, había sido enfático en señalar que no recibió ningún tipo de información y que, inclusive, lo que se le dijo es que los requisitos para pensionarse serían los mismos que en el Seguro Social, cosa que no es cierta; refirió el demandante no haber recibido información sobre la cuenta de ahorro individual, sobre los rendimientos que podrían generar sus aportes, no se observaba que se le hubiese hablado acerca de la posibilidad de pensionarse a una edad menor que en el RPM ni algunas otras diferencias entre uno y otro régimen, como en el caso de la devolución de saldos, la indemnización sustitutiva, entre otros, siendo claro que el actor no había contado con elementos de juicio que le permitieran escoger a cuál régimen pensional quería pertenecer y que lo único que da cuenta en su interrogatorio de parte es la instrucción del empleador sobre trasladarse a una u otra administradora, sin que más allá de esa instrucción se le hubiese brindado una real capacitación o charla en la que él pudiera conocer esas diferencias y ahí sí poder tomar la decisión de trasladarse, si así a bien lo hubiera tenido, pero de manera informada y no simplemente suscribir un formulario como en últimas fue lo que señaló haber hecho, por lo que había lugar a declarar la ineficacia tanto del traslado inicial como de los traslados posteriores efectuados por el demandante, por el incumplimiento al deber de información, condenando a Porvenir a trasladar con destino a Colpensiones las sumas de dinero que obraban en la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de aportes y rendimientos, debiendo Porvenir como a las vinculadas Protección, Colfondos y Skandia S.A., trasladar con destino a Colpensiones las sumas que hayan descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales, sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, atendiendo a los períodos en que el demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras que hacen parte de ese proceso y Colpensiones debía recibir al demandante como afiliado al RPM sin solución de continuidad en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado que se declaró ineficaz.

En lo que cuanto al llamamiento en garantía, formulado por Skandia en contra de Mapfre, se absolvería a la llamada en garantía, ya que como esta lo manifestó Mapfre en su contestación de la demanda, dentro de la póliza



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

del seguro no se encuentra cubierto riesgo alguno relacionado con procesos en los que se declare la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen. De igual manera, en su momento, se tiene que se causó la prima de seguro y se amparó el riesgo, esto es, los de invalidez y muerte, no habiendo lugar a devolver suma alguna por parte de la aseguradora.

Para ello, advirtió que la CSJ Sala de Casación Laboral había señalado que la devolución de las sumas descontadas por conceptos de gastos de administración y seguros previsionales surge como consecuencia del actuar indebido de las administradoras de fondos de pensiones con cargo a sus propios recursos y no es dable en ese caso afectar el derecho de un tercero como es la aseguradora, que en su momento amparó un riesgo, consideración que también sirve de fundamento frente a lo manifestado por las apoderadas de las demandadas y las vinculadas en sus alegaciones, respecto de que no se les condenara a restituir las sumas descontadas por conceptos de gastos de administración y seguros previsionales, pues la Corte ha expresado que las cosas deben retornar a su estado original, que de no haberse producido ese traslado irregular, dichos dineros hubiesen ingresado a las arcas de la administradora del RPM y que no es válido que las AFP retengan estos dineros pues no existe soporte alguno para ello.

Frente a la excepción de prescripción, en términos de lo señalado por la CSJ Sala de Casación Laboral ha señalado, este era un derecho imprescriptible, en cuanto se reclama la declaratoria de un estado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir S.A., recurrió de manera parcial frente al numeral 4 de la sentencia, y específicamente frente a la orden que se da a Porvenir a devolver estos conceptos debidamente indexados, atendiendo a que la Sentencia SL 9316 de 2016, la CSJ precisó que la indexación es *“La simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía”*. Luego, como quiera que dentro de las obligaciones que debían cumplir las AFP se encontraba la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resultando incongruente ordenar la indexación de los valores a trasladar, como quiera que jamás los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante se vieron afectados por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

la devaluación o inflación de la economía y, por el contrario, Porvenir con su administración siempre le garantizó rendimientos a los mínimos establecidos en la ley para el RPM y que por lo tanto son muy superiores a los que se hubiesen generado en el RPM. De manera que al ordenar la devolución de los rendimientos financieros se incluyen los frutos e intereses que obtiene la AFP a los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación del demandante, lo que sin duda entonces debe descartar la indexación como acertadamente lo ha entendido el Tribunal Superior de Cundinamarca en Sentencia del 21 de junio de 2022, dentro del Proceso 2021-111 y también el Tribunal Superior de Cali dentro del Radicado 2022-234.

Por su parte, **Skandia S.A.**, interpone recurso en el sentido de revocar el numeral 3 y el relativo a absolver a la aseguradora Mapfre porque efectivamente en cumplimiento de las disposiciones de orden legal como lo constituye el Decreto 3995 de 2008, artículo 7, señala que frente a los traslados de recursos de regímenes del Sistema General de Pensiones, se encuentra que dicha norma no indica de manera taxativa más no facultativa cuáles son esos conceptos y emolumentos que deben trasladarse en el momento que opera un traslado del RAIS al RPM, y en dicha norma se señala que deben recaer frente a los aportes destinados en la cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima.

En cumplimiento de esta disposición el 17 de noviembre de 2015, trasladó todos los aportes, entre ellos, fondo de garantía de pensión mínima por más de \$200.000.000, hacía Porvenir y, en consecuencia, desde esta fecha no cuenta recurso alguno a nombre del señor Belisario y, por ende, se encuentra inactiva esta cuenta. Teniendo en cuenta esta acreditación de los traslados de los recursos dentro de los parámetros legales señalados en la norma en cita y que dentro de esta norma no se contempla lo referente a las primas de seguros previsionales y los gastos, ya que no se contemplaba en dicha norma no porque exista una omisión legislativa sino que en consideración de esta defensa, existe una armonía con las disposiciones de la Ley 100 de 1993, dado que ese 3% de gastos de administración, precisamente, la Ley 100 le ha dado una destinación específica, concreta y ya fueron debidamente utilizados para la correcta administración de ahorro del demandante. Así, teniendo en cuenta que ya se materializó, que ya se ejecutó una actividad tendiente a la correcta



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, son rubros y conceptos que no tiene a disposición Skandia.

Ahora bien, en el mismo sentido esta inconformidad recae frente a las mismas, bajo los mismos argumentos dada la norma en cita y, por el contrario, en atención a la demanda de llamamiento en garantía fue que se formuló la misma para que sea la aseguradora Mapfre no Skandia, quien debe trasladar o sufragar esos conceptos; en el numeral 2 se declaró la ineficacia del traslado y esta consecuencia jurisprudencial debe sujetarse bajo los efectos de orden legal pero los efectos que se le dan a este tipo de procesos de ineficacia también ampliamente afecta a las demás administradoras, en el caso particular Skandia que no participó del acto jurídico de traslado de régimen del demandante sino que fue una de las administradoras que intervino en la historia laboral del actor y esos recursos ya fueron trasladados a otra administradora.

Solicita que igualmente como se extendió a Skandia los efectos jurisprudenciales de una ineficacia, se extienda a Mapfre siendo esta y no Skandia quien debe suministrar o pagar estas primas durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado con Skandia. Se insiste en la prosperidad de estas pretensiones, teniendo en cuenta que existe un fundamento de orden legal y que los efectos de la jurisprudencia también deben aplicarse a las aseguradoras o a terceros que han participado y aún cuyos contratos dependen del primero.

Solicita la revocatoria a la indexación, si eventualmente se llega a confirmar los gastos y las sumas de seguros previsionales, teniendo en cuenta que ya se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en el capital del afiliado, por lo que debe analizarse la figura de la compensación porque no es dable que a las administradoras como en el caso de Skandia se le esté obligando a indexar valores y rubros sobre los cuales ya se están generando unos rendimientos, es decir, es contradictorio el hecho que se ordenen unos rendimientos sobre un acto jurídico que ha sido declarado ineficaz. En ese orden ideas, no condenar a Skandia a sufragar dichos rubros de manera indexada, dicha tesis ha sido acogida favorablemente por el Tribunal Superior de Cali en varias sentencias que han revocado las de primera instancia en tal sentido.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Si eventualmente se llegan a confirmar estos conceptos, se analice y estudie la figura de la prescripción frente a los gastos de administración, dado que dichos rubros son de carácter periódico y tienen una destinación diferente a la pensión de vejez del actor por lo que es susceptible esta figura de la prescripción, también de extenderse dicha figura a las acciones que se derivan del contrato de seguro, es decir, frente a las primas que fue condenada Skandia en consideración a la normatividad consagrada en el Código de Comercio, artículo 1081, que indica que las acciones que se deriven de los contratos de seguro prescriben en dos años y considerando que la relación contractual del demandante con Skandia finalizó desde el año 2015, a la fecha y no se ha presentado ninguna reclamación al respecto opera la figura de la prescripción frente a dichos rubros.

Colpensiones, recurrió solicitando se revoque en su integridad la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional esta misma norma limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para quienes se conservó el derecho de regresar al RPM en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición, dicha limitación se justificaba a las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, el artículo 48 de la Constitución Política y, por ende, se señala que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas y en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y en las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, y el Acto Legislativo 01 de 2005, que buscan proteger tal principio.

Se resalta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-789 de 2012, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, y SU-130 de 2013, al indicar que la única condición prevista que no exige un límite de tiempo para efectos de solicitar el traslado es que el afiliado acredite ser beneficiario del régimen de transición, al haber efectuado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1 de abril de 1994, teniendo en cuenta que para esta fecha el demandante contaba con aproximadamente 460 semanas, por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo de conformidad con lo indicado.

El demandante elevó solicitud de traslado al RPM, hasta el 21 de noviembre de 2018, y para aquella data contaba con 58 años, por lo que al no contar con los 15 años de cotizaciones al 1 de abril de 1994, no quedaba otra alternativa sino la de concluir que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado y, por ende, resultaría a todas luces improcedente por parte de Colpensiones tener como afiliado al demandante al RPM, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. En igual sentido, en virtud del equilibrio financiero del sistema debía tenerse en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-062 de 2010, en relación al estudio de rentabilidad por medio del cual se estableció que es una operación tendiente a determinar si el afiliado que desee trasladarse del RAIS al RPM y que le falten menos de 10 años para pensionarse, cumpla con el requisito de ahorro realizado, el primero, no debe ser inferior en el monto total del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiese permanecido en el RPM y así poder establecer si procede o no el traslado de régimen, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Por último, es de tener en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre el demandante y los fondos privados, por lo que estos actos jurídicos tienen efectos inter partes, de lo cual se desprende que independiente de la decisión adoptada Colpensiones no puede verse ni favorecida ni perjudicada. Conforme a lo anteriormente expuesto, solicita revocar la sentencia proferida.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y en forma subsidiaria la ineficacia del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A.,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

el 19 de enero de 1998, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital, materializándose el traslado el 1 de marzo de 1998, de conformidad con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que realizara el demandante a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 29 de junio de 2001, hacía ING hoy Protección S.A., el 14 de agosto de 2002, posteriormente a Old Mutual hoy Skandia S.A., el 24 de marzo de 2010, luego a Colfondos S.A., el 23 de febrero de 2011, nuevamente a ING hoy Protección S.A., el 30 de noviembre de 2011, a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 15 de agosto de 2012, hacía Old Mutual hoy Skandia S.A., el 9 de octubre de 2013, y finalmente retorna a Porvenir S.A., el 9 de septiembre de 2015, efectuando cotizaciones a la fecha en dicho fondo, de acuerdo con la consulta del SIAFP, remitida por la AFP Porvenir.

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 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. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, **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 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 ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Belisario Hernández López, 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 la AFP 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 la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable; de lo que se concluye que dicho traslado no fue libre y voluntario como erradamente lo sostiene Colpensiones en etapa de alegaciones.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 tópicamente también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se reitera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

En cuanto al traslado de recursos objeto de reproche por las recurrentes Porvenir y Skandia S.A., como bien lo señaló la decisión de primer grado, el mismo debe comprender gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima **junto con indexación, los que no están sujetos al fenómeno prescriptivo**, como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en reciente sentencia SL3708 del 18 de agosto de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, oportunidad en que señaló:

Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

*En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del a quo, en el sentido de que Protección S.A. **deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a 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** y con cargo a sus propios recursos. (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. Sobre este tópico, se tiene que, las decisiones judiciales que mencionan las AFP recurrentes, no ostentan 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

A este respecto y si bien Skandia S.A., refiere en su recurso y alegaciones que realizó a órdenes de Porvenir S.A., el traslado del porcentaje destinado al fondo de garantía mínima por el tiempo que el actor estuvo afiliado a esa administradora, lo cierto es que en certificación de dicho traslado que aportó junto con contestación de demanda, se verifica que el 17 de noviembre de 2015, se relaciona únicamente el traslado de “cotización obligatoria”, sin que se evidencie el traslado de ninguno de los emolumentos objeto de condena, por lo que no hay lugar a variar la decisión en este aspecto.

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 **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.

Sentado lo anterior, 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, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante, como se vio, ello no ocurrió.

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente 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 el 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 del actor a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entran a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Tampoco resulta de recibo el argumento de la recurrente en mención respecto de que el actor no era beneficiario de régimen de transición y no contaba con expectativa pensional legítima, como quiera que ello no es óbice para que este 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:

“(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”.

En cuanto a la responsabilidad de la llamada en garantía Mapfre, no hay lugar a variar la decisión respecto de su absolución como quiera que, si bien se suscribieron unas pólizas de seguro previsional; de esta relación comercial, no surge el posible derecho relacionado con las pretensiones de nulidad y/o ineficacia de la afiliación y por el contrario, se trata de un tomador de un seguro cuyos beneficiarios son todos los afiliados a la AFP que llamó en garantía a esta aseguradora, en cuyo caso si se da una condena, se afectarían derechos de terceros, **asunto además que no corresponde al Juez Laboral definir.**

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 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** dispuesta en la decisión de primer grado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32201900043-01 Dte: BELISARIO HERNÁNDEZ LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. Serrano Baquero'.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hugo Alexander Ríos Garay'.

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 32-2021-449-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LAURA NATALIA GUERRERO, 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 veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 32 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 1 de diciembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado y afiliación que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que se declare que Protección S.A., omitió el deber de información que tienen las entidades financieras en relación con la comunicación que



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

debió brindarle al demandante acerca de los beneficios y desventajas que tiene el RAIS. Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Protección reconocer la nulidad de la afiliación al RAIS, que se ordene a Protección a realizar el trámite administrativo para el traslado automático de los aportes que se encuentran en dicho fondo al RPM administrado por Colpensiones, que se ordene a Protección a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados con sus respectivos rendimientos financieros, así como los bonos pensionales y las cuotas de administración a favor del demandante y se ordene a Colpensiones a recibir estos valores provenientes de Protección S.A. 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 en síntesis señalando que nació el 21 de enero de 1961, que el 1 de febrero de 1979, se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones en el RPM, administrado por el ISS hoy Colpensiones, a fin de cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte y realizó aportes a esta administradora, en el mes de mayo de 1998, encontrándose afiliado al RPM atiende a un asesor comercial de Protección, con el objeto de conocer el RAIS, que en la señalada visita, el asesor comercial le expresa que de tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional lograría una mejor mesada pensional y que dicho fondo le garantizaría, que se lograría pensionar antes de la edad exigida en el extinto ISS aunado a que su mesada pensional sería superior a la que podría serle reconocida en el RPM, que Protección por intermedio de su asesor comercial jamás le informó cuáles eran los beneficios e inconvenientes que se podrían generar con el traslado de régimen pensional, careciendo de una asesoría idónea y suficiente que le permitiera entender las consecuencias del cambio de régimen pensional, que con la deficiente información suministrada por parte de Protección solicitó el traslado de régimen pensional afiliándose al RAIS el 29 de mayo de 1998.

Refiere que para la fecha en la cual se realizó el traslado de régimen pensional, Protección tenía la obligación de brindarle toda la información necesaria para que este pudiera entender las condiciones que le exigían en el nuevo régimen para acceder a su pensión de vejez y no la información abstracta y superficial de sólo expresar que en este régimen lograría una mejor mesada pensional,



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

ocultando con ello las consecuencias de su traslado, que Protección nunca le suministró información suficiente, transparente, necesaria, seria y oportuna que le permitiera elegir de entre todas las distintas opciones la que mejor se ajustara a sus intereses a fin de garantizarle una afiliación libre y voluntaria, que Protección omitió el deber de información que está a cargo de las administradoras de fondos de pensiones.

Por último, señala que Protección se encontraba obligada a entregarle una descripción de las condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales de modo que este pudiese conocer las características, ventajas y desventajas objetivas de cada régimen para así obtener del afiliado un consentimiento informado, que solicitó a Colpensiones la afiliación y el traslado de régimen, la cual le fue negada mediante respuesta del 23 de abril de 2021.

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 parcialmente, 2, 5 y 12, no ser un hecho el No. 3 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 e innominada o genérica.

Por su parte, **Protección S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 4, no constarle los No. 2 y 12 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, 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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

terceros de buena fe y 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.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA a través de PROTECCIÓN S.A., de fecha 29 de mayo de 1998.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que la Ley 100 de 1993, a través de la cual se creó el Sistema General de Pensiones, señaló que este se encontraba compuesto por dos regímenes, el RPM y el RAIS. El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece entre otras características del sistema, la obligatoriedad de afiliación de todos los trabajadores dependientes e independientes, así como también el derecho que tienen los afiliados a escoger o elegir el régimen al cual quieran pertenecer, escogencia que será libre y voluntaria por parte del afiliado y que se manifestará por escrito.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

En la misma disposición legal, se establecía la posibilidad de trasladarse entre regímenes pensionales, derecho que podía ejercerse una vez cada cinco años, contados desde el momento de la selección inicial y con la prohibición de trasladarse de régimen a quienes les falten diez años o menos para llegar a la edad de pensión. Por su parte, el artículo 271 de esta misma ley, señalaba que en el evento que se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social, la afiliación quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente de forma libre y espontánea por parte del trabajador. Igualmente, el Decreto 663 de 1993, le era aplicable a las administradoras de fondos de pensiones al encontrarse bajo la regulación y vigilancia de la Superintendencia Financiera y establecía el deber de información.

Sobre el caso que se ocupa, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral desde la Sentencia con Radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008, ha fijado su posición en el sentido de señalar que es posible anular o declarar ineficaz la afiliación o el traslado al RAIS cuando no se demuestra la suficiente información al afiliado lego o el consentimiento informado, desde dicha sentencia se venía exigiendo la carga de acreditar el cumplimiento del deber de información a los fondos de pensiones, de manera que sus asesores o representantes debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y toda aquella información que tuviera incidencia sobre el derecho fundamental a la seguridad social y, en específico, a las pensiones.

La CSJ ha fijado una serie de parámetros que se deben tener en cuenta al momento de resolver estas controversias, en Sentencia SL 1452 de 2019, se hizo un estudio sobre la evolución normativa del deber de información y atendiendo a que en el presente caso está acreditado que el traslado de régimen del demandante se dio en el mes de mayo de 1998, y que para ese entonces se estaba frente a la primera etapa evolutiva del deber de información, el contenido mínimo de la información que se le debió brindar al señor Silvio Ernesto Rodríguez comprendía una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Así mismo, desde la Sentencia 46292 del 3 de septiembre de 2014, la CSJ estableció que no puede argüirse la existencia



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

de una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que puede tener la decisión frente a sus derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho el requisito del deber de información con una simple expresión genérica consignada en un formulario.

Que no resultaba necesario que el afiliado demostrara ser beneficiario del régimen de transición, estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación, que la actuación viciada del traslado del RPM al RAIS no se convalidaba por los posteriores traslados entre administradoras del RAIS, que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe y que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es que las cosas retornen a su estado original.

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, se había acreditado que el señor Silvio Ernesto Rodríguez Castañeda nació el 21 de enero de 1961, con lo cual a la fecha de la decisión cuenta con 61 años de edad cumplidos, obraba reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones al igual que el expediente administrativo aportado esta donde se verificaba que el demandante aportó al ISS un total de 791.86 semanas entre el 1 de febrero de 1979, y el 31 de mayo de 1998, a folio 95 formulario de afiliación del demandante a la AFP Protección de fecha 29 de mayo de 1998, también se allegó a folio 43 del archivo 06 del expediente digital, una afiliación del demandante al fondo de pensiones voluntarias de fecha 29 de mayo de 1998, y documentos que daban cuenta de una re asesoría brindada al demandante el 17 de enero de 2013, folios 44 a 47 del archivo 06 del expediente.

Con la contestación de la demanda allegada por Protección S.A., aportó historia laboral consolidada el demandante en el que se acredita que ha cotizado un total de 1.655 semanas al 21 de febrero de 2022, sin perjuicio de las cotizaciones que haya podido efectuar con posterioridad, información para bono pensional tomada del aplicativo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales, folios 48 a 50 del archivo 06 y se allegaron impresiones del comunicado de prensa publicado por las administradoras de fondos de pensiones con ocasión de la expedición de la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Ley 797 de 2003, y su decreto reglamentario a folios 95 a 97 del archivo 06 del expediente digital.

De otra parte, se había escuchado en interrogatorio al demandante quien manifestó que para el año 1998, se presentó un asesor de Protección a visitarlos en el lugar de su trabajo, que fue una charla a la que él asistió de manera voluntaria, una charla individual que duró no más de una hora y en la que se le habló sobre el boom de los fondos, que estos ofrecían mejores rentabilidades y, por ende, una mejor pensión. En cuanto al tema de las mejores rentabilidades refirió que sus ahorros generarían un mayor rendimiento, refiere que no recuerda haber recibido información sobre la cuenta de ahorro individual pero que supone que sí se la dieron al igual respecto de qué pasaría con los aportes que había realizado al Seguro Social; señaló haber leído los datos consignados en el formulario, más no la letra pequeña, que no le hablaron sobre pensión anticipada, acerca de aportes voluntarios dijo no recordar si habían hablado de ellos, sobre extractos manifestó haberlos recibido al inicio de su vinculación y, posteriormente, no haber vuelto a recibir los extractos señalando que no había variado su domicilio, que sólo ha solicitado información a Protección con ocasión del proceso que hoy se convoca, que no recibió ningún tipo de re asesoría, que no sabe cuál sería el monto de su pensión en el RAIS ni el RPM, refiere que quiere devolverse al RPM porque hay una promesa no cumplida acerca de esos mejores rendimientos y que esta afirmación la hace por información general, señalando que no conoce cuál es la rentabilidad de los fondos, entre otros aspectos de su intervención.

Concluyó que conforme a las pruebas allegadas al proceso, debía declarar la ineficacia del traslado de régimen, efectuado por el señor Silvio Ernesto Rodríguez Castañeda, pues si bien en el interrogatorio de parte expresó haber recibido alguna información, lo cierto es que esta no había sido clara y suficiente sobre la totalidades de aspectos que debían ser tenidos en cuenta para que el demandante pudiera tomar una decisión informada. Si bien se habló sobre rendimientos y ello suponía también que se debió haber tocado el tema de la cuenta de ahorro individual, lo cierto es que el demandante desconoce los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y otro régimen, de manera general habló que los requisitos para pensionarse era el cumplimiento de la edad, situación que es contraria a la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

realidad, en cuanto en el RAIS el requisito para acceder a la pensión es acumular un capital que permita financiar una pensión equivalente al 110% del SMLMV, independientemente de la edad o del número de semanas cotizadas.

Aunado a lo anterior, el RAIS tenía otra serie de beneficios o características, tales como la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, realizar aportes voluntarios, diferencia respecto a la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, en el caso de las personas que no logran cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, dependiendo el régimen al cual se encuentren afiliados, entre otras, información que se extrañaba por su ausencia y que en esa medida no era posible dar por satisfecho este deber por parte de Protección S.A., lo que conllevaba a la declaratoria de ineficacia y como consecuencia de ello, se ordenaría a que Protección trasladar con destino a Colpensiones tanto las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de aportes y rendimientos, como las que haya descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados. En lo que respecta a Colpensiones, deberá tener al demandante como afiliado al RPM sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

En cuanto a las excepciones las declaró no probadas reiterando que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral había señalado que las cosas deben retornar a su estado original y ello conlleva no sólo al traslado de los dineros que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante sino al traslado de las sumas que se hayan descontado por conceptos de gastos de administración y seguros previsionales, dado que en caso de no haberse producido el traslado, dichos dineros ni siquiera hubiesen entrado a las arcas de Protección S.A., y en esa medida no existía sustento jurídico para que si bien la demandada Colpensiones no fue participe del traslado de régimen del demandante, lo cierto es, que la afiliación al Sistema General de Pensiones es una sola, independiente al régimen al cual se pertenezca y al declararse la ineficacia del traslado, las cosas retornan a su estado anterior, que para el caso está debidamente acreditado que el demandante estaba



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

afiliado al ISS y atendiendo a que Colpensiones con ocasión de la liquidación del Seguro Social asumió las obligaciones del referido instituto como administrador del RPM. En cuanto a la de prescripción, advirtió que la CSJ de manera pacífica ha establecido que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, entre otras Sentencia 5595 de 2021.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones recurrió solicitando se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgador de instancia, teniendo en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional esta misma norma limitó este derecho cuando el afiliado le faltaren diez años para o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen quince años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para quienes se conservó el derecho a regresar al RPM en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición.

Esta limitación se justifica en las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, el artículo 48 de la Constitución Política y, por lo tanto, se señala que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas y en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y en las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, y el Acto Legislativo 01 de 2005, que buscan proteger tal principio.

Aunado a lo anterior, el demandante no es beneficiario del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-789 de 2012, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, y SU-130 de 2013, al indicar que la única condición prevista que no exige un límite de tiempo a efecto de solicitar el traslado de régimen es que el afiliado acredite ser beneficiario del régimen de transición, al haber efectuado cotizaciones por quince años con anterioridad al 1 de abril de 1994, teniendo en cuenta que para esta fecha el demandante contaba con



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

aproximadamente 640 semanas, no es procedente el traslado en cualquier tiempo de conformidad con la jurisprudencia citada.

Por lo anterior, se tiene que el demandante elevó solicitud de traslado al RPM administrado por Colpensiones, hasta el 23 de abril de 2021, y al verificarse su cédula de ciudadanía para aquella data contaba con 60 años y al no contar con 15 años de cotizaciones al 1 de abril de 1994, no quedaría otra alternativa sino la de concluir que el señor Silvio Ernesto Rodríguez Castañeda se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado y, por ende, resultaría a todas luces improcedente por parte de Colpensiones tener como afiliado al demandante al RPM, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. En igual sentido, en virtud del equilibrio financiero del sistema debe tenerse en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-062 de 2010, en relación al estudio de rentabilidad por medio del cual se estableció que es una operación tendiente a determinar si el afiliado que desee trasladarse del RAIS al RPM y que le falten menos de 10 años para pensionarse, cumpla con el requisito de ahorro realizado, el primero, no debe ser inferior en el monto total del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiese permanecido en el RPM y así poder establecer si procede o no el traslado de régimen, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Por último, es de tener en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, por lo cual estos actos jurídicos tienen efectos inter partes, de lo cual se desprende que independiente de la decisión adoptada Colpensiones no puede verse ni favorecida ni perjudicada. Conforme a lo anteriormente expuesto, solicita revocar la sentencia proferida y, en consecuencia de ello, absolver a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA, se circunscribe a la declaratoria ineficacia del traslado y afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Protección S.A., el 29 de mayo de 1998, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por el demandante y visible en expediente digital.

En este orden, 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, 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 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, contrario a lo manifestado por Colpensiones en alegaciones, **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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

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 Silvio Ernesto Rodríguez Castañeda, 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 la AFP Protección 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 la toma de decisión, tanto lo favorable como lo 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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

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 la línea jurisprudencia 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 Protección S.A., probar el suministro de dicha información al señor Silvio Ernesto Rodríguez, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió para el caso bajo estudio.

De otra parte y si bien el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, como lo refiere Colpensiones en recurso y alegaciones, 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 **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.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

Sentado lo anterior, 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, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante, como se vio, ello no ocurrió.

Tampoco resulta de recibo el argumento de la recurrente en mención respecto de que el actor no era beneficiario de régimen de transición y no contaba con expectativa pensional legítima, como quiera que ello no es óbice para que este 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:

“(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”.

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente 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 el 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 del actor a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entran a



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

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 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** dispuesta en la decisión de primer grado.

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 lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 32202100449-01 Dte: SILVIO ERNESTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

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

Los Magistrados,

A stylized, cursive handwritten signature in black ink, consisting of a large loop at the top and a horizontal line below it.

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. E. Serrano Baquero' with a vertical line through the middle.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Hugo Alexander Ríos Garay' with a vertical line through the middle.

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No.38-2021-140-02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTES: LEIDY ALEJANDRA CARRETO CONTRERAS

DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora MARÍA CAMILA CASTILLO PUENTES, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Fondo Nacional del Ahorro, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el veintiuno (21) de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones en providencia anterior, se recibieron las de las demandadas Serviola S.A.S., S&A Servicios y Asesorías S.A.S., la llamada en garantía Seguros Generales

Suramericana y el Fondo Nacional del Ahorro, las que solicitan se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora LEIDY ALEJANDRA CARRETO CONTRERAS por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda en contra de FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y SERVICIOS Y ASESORIAS SAS Y SERVIOLA SAS, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre esta y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** (contrato realidad); dentro del periodo comprendido entre el 7 de octubre de 2019 hasta el 11 de noviembre de 2020, otorgándole la calidad de trabajadora oficial, que se declare que el mencionado contrato de trabajo se terminó sin justa causa por decisión unilateral de la pasiva **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, se declare que las **E.S.T. S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.** y **SERVIOLA S.A.S.** fueron simples intermediarias y son solidariamente responsables. En consecuencia solicita se les condene al pago del incremento salarial señalado en el artículo 31 de la convención colectiva de trabajo vigente, suscrita entre Sindefonahorro y el F.N.A., durante la vigencia de su relación laboral, esto es, desde el 7 de octubre de 2019 hasta el 11 de noviembre de 2020, reliquidación y pago de las **primas de servicios** canceladas durante la vigencia de la mencionada relación laboral, esto es, desde el 7 de octubre de 2019 hasta el 11 de noviembre de 2020, teniendo en cuenta para tal efecto la diferencia salarial no cancelada conforme al incremento salarial señalado en la convención colectiva de trabajo antes mencionada, reliquidación y pago de intereses a las cesantías, cesantías, vacaciones, cotizaciones. Se reconozcan y paguen, además durante toda la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 7 de octubre de 2019 hasta el 11 de noviembre de 2020, las siguientes acreencias convencionales: **Bono Navideño**, del artículo 17 de la convención, **Beneficio de alimentación** – Bienestar Social, del artículo 18; o en su defecto el **subsidio de alimentación** a que hace referencia el artículo 24 de la convención, La **prima de servicios** contemplada en el artículo 25 literal d) de la convención, **prima extraordinaria** indicada en el artículo 25 literal e) de la convención, **prima de vacaciones** estipulado en el artículo 25 literal f) de la convención, **estímulo de recreación** al que alude el artículo 25 literal g) de la

convención, **prima de navidad** conforme lo señala el artículo 25 literal h) de la convención, **bonificación por servicios prestados** regulada en el artículo 25 literal i) de la convención, **bonificación especial de recreación** estipulada en el artículo 25 literal j) de la convención, **indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa**, conforme lo señala el artículo 10 de la convención, **indexación** de todas las sumas de dinero que resulten por el pago de las acreencias antes mencionadas, **sanción moratoria** de que trata el Decreto 797 de 1949, **sanción moratoria** por el pago incompleto del auxilio a las cesantías, de acuerdo a lo señalado en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Extra y ultra petita y costas. (Expediente Digitalizado).

En forma subsidiaria se declare, la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre la ella y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** (contrato realidad); dentro del periodo comprendido entre el 7 de octubre de 2019 hasta el 11 de noviembre de 2020, otorgándole la calidad de trabajadora oficial, que el salario devengado correspondió a \$1.972.580, que el mencionado contrato de trabajo se terminó sin justa causa por decisión unilateral de la accionada **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, que las **E.S.T. S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.** y **SERVIOLA S.A.S.** fueron simples intermediarias y son solidariamente responsables. En consecuencia solicita el pago de **prima de navidad** equivalente a un mes de salario, conforme lo indicado en el artículo 32 del Decreto Ley 1045 de 1978, incluyendo los factores salariales correspondientes, durante la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 7 de octubre de 2019 hasta el 11 de noviembre de 2020, **prima de vacaciones**, conforme lo indicado en el artículo 17 del Decreto Ley 1045 de 1978, incluyendo los factores salariales correspondientes, durante la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 7 de octubre de 2019 hasta el 11 de noviembre de 2020, **auxilio a las cesantías**, conforme lo ordena el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, es decir, integrando los factores salariales correspondientes, durante la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 7 de octubre de 2019 hasta el 11 de noviembre de 2020, **indemnización por la terminación del contrato de trabajo sin justa causa**, de acuerdo a lo señalado en los artículos 2.2.30.6.4. y 2.2.30.6.15 del Decreto 1083 de 2015, así como el artículo 2.2.11.2.4. de la misma norma, y artículo 44 de la Ley 909 de 2006,

se cancele, durante la vigencia de toda la relación laboral, esto es, desde el 7 de octubre de 2019 hasta el 11 de noviembre de 2020, acreencias convencionales, ya descritas, **indexación** de todas las sumas de dinero que resulten por el pago de las acreencias antes mencionadas, **sanción moratoria** de que trata el Decreto 797 de 1949, **sanción moratoria** por el pago incompleto del auxilio a las cesantías, de acuerdo a lo señalado en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extra y ultra petita y costas.

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que laboró en forma ininterrumpida y en las fechas mencionadas para el FNA, y a través de las temporales que la contrataron como trabajadora en misión, que aunque los cargos variaban en denominación lo cierto es que laboró siempre en la vicepresidencia de cesantías y crédito, grupo de legalización de créditos, con las mismas funciones, en la ciudad de Bogotá, en las instalaciones de la demanda y los elementos suministrados por el FNA, que se le otorgó cuenta corporativa, que cumplía horario, que recibía órdenes del personal de planta del FNA, que en la demandada rige una convención, que fue despedida por el verdadero empleador FNA, sin justa causa, que el Ministerio de Trabajo ya sancionó al FNA, por malas prácticas en la contratación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **SERVICIOS Y ASESORIAS SAS**, se opuso las pretensiones, negó en su mayoría los hechos y manifestó que era una trabajadora en misión y propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones, prescripción, buena fe, compensación, genérica, solidaridad prorrateada, cumplimiento de las obligaciones. (Expediente Digitalizado).

SERVIOLA SAS rechazó las pretensiones por estar dirigidas a una persona jurídica diferente, dijo desconocer los hechos por la misma razón, y solo aceptó que estuvo un tiempo vinculada como trabajadora en misión en el FNA. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones y derechos pretendidos, pago, buena fe, compensación, prescripción, genérica o ecuménica. (Expediente Digitalizado).

FONDO NACIONAL DE AHORRO, se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la demandante nunca fue trabajadora de esa entidad; ya que los verdaderos empleadores son las empresas de servicios temporales. En ese orden negó los hechos afirmando que deben ser probados. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones pretendidas, imposibilidad jurídica de cumplir con las pretensiones, ausencia de vínculo de carácter legal e inexistencia de requisitos para ser trabajadora oficial, ausencia de título y causa, buena fe, ausencia de obligación del FNA, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, innominada o genérica. (expediente Digitalizado).

La llamada en garantía **Seguros Generales Suramericana**, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones y del llamamiento, en cuanto a los hechos, manifestó no constarle ninguno de ellos. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de vínculo laboral con el FNA por falta de estructuración de los presupuestos establecidos en el artículo 23 CST, como consecuencia de la no existencia de subordinación entre las partes de la litis, no cumplimiento por parte de la señora Leidy Carreto de los requisitos para ser beneficiaria de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el FNA y Sindefonahorro, no era o fue miembro del sindicato mencionado y jamás canceló las cuotas de que trata el artículo 9 de la precitada convención, inexistencia de solidaridad en los términos del artículo 34 del CST, por cuanto S&A Servicios y Asesorías cumplió cabalmente con sus obligaciones laborales, buena fe en la ejecución contractual por parte del FNA y S&A Servicios y Asesorías, improcedencia de sanción moratoria por cuanto el pago de esta corresponde de forma exclusiva al empleador cuando ha habido mala fe, pago y compensación frente a las sumas pagadas por la demandada y/o llamadas en garantía, prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante, condenando a esta última en costas.

Fundamentó su decisión el Juez de instancia señalando:

Existencia de la relación laboral y extremos del contrato, pretende la demandante que se declare que con el Fondo Nacional del Ahorro existió en la realidad un contrato de trabajo

vigente entre el 07/10/2019 y el 11/11/2020 y en consecuencia reclama el reconocimiento de acreencias laborales en condición de trabajador oficial, respecto de las cuales destaca que Servicios y asesorías SAS, servicios SAS, al actuar como simples intermediarios, deben responder solidariamente por los pagos correspondientes. Ahora bien dentro de este escenario con miras al esclarecimiento de los hechos militan como pruebas relevantes el contrato número 12 del año 2019 cuyo objeto se contrae suministro de trabajadores en misión para atender necesidades de crecimiento y expansión, entre el FNA y Servicios y Asesorías SAS por un lapso de 6 meses el contrato se suscribió el 8 de marzo del año 2019 por lo que entiende el despacho que el suministro del personal pues al menos tendría que contabilizarse por 6 meses prorrogables por 6 meses más, hasta marzo del año 2020, siendo pertinente señalar que a lo señalado en el libelo introductorio este vínculo comercial habría finiquitado entre el FNA y S&A el 11 de noviembre del año 2019, tiempo muy inferior aquel que se había presupuestado para efectos de suministro de personal.

Ahora bien, milita certificado laboral emitido por S&A y Servicios y Asesorías SAS donde se alude a la vinculación de la demandante en el marco de un contrato por duración de obra labor en el marco para el 7 de octubre de 2019 y vigente hasta el 11 de noviembre de esa anualidad, milita contrato de trabajo por duración de la obra labor suscrito por la demandante con Serviola SAS calendado el 12/11/2019 para desempeñarse como gestor senior y comunicación de culminación donde el 11/11/2020, certificado laboral de Serviola SAS en el que se refiere a la vinculación de la demandante mediante contrato por obra labor vigente del 12/11/2019 al 11/11/2020, igualmente obra contrato 118 del 2019 suscrito entre serviola SAS y el FNA, 5/11/2019 por un plazo de 6 meses para el suministro y administración del pago de nómina de trabajadores en misión atendiendo las necesidades de crecimiento y cumplimiento de objetivos del FNA entre serviola SAS y FNA por 6 meses, junto con sus prórrogas la primera por 6 meses hasta el 11/11/2020 o hasta agotar el presupuesto, lo primero que ocurra.

Ahora bien, conviene precisar que los términos del artículo 71 de la ley 50 de 1990, empresa de servicios temporales es aquella que contrata a la prestación de servicios con terceros para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personal naturales contratado directamente por la empresa de servicios temporales, dentro de este escenario se denomina en el artículo 73 como usuaria toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las personas de servicios temporales, se destaca en este contexto que los usuarios, solo podrán contratar las empresas de servicios temporales en los siguientes casos; 1. Cuando se trate de labores ocasionales o transitorias en los términos del artículo 6 del CST, que este no es el caso en la medida en que la actividad en que se está contratando o la justificación de ambos contratos con las empresas de servicios temporales esta cimentada básicamente en necesidades de incremento de personal con ocasión de expansión; se indica igualmente que solo se puede contratar cuando se requiere para reemplazar personal en vacaciones en uso de licencia, incapacidad por enfermedad maternidad y 3; para atender incremento en la producción, el transporte, los medios de producción y mercancía en los periodos estacionales de cosechas en la prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más, siendo pertinente señalar que jurisprudencialmente se ha reconocido que si un trabajador completa o sigue sus funciones luego de 1 año, se entenderá dentro de este contexto que el primer año de actividad se cumplió dentro del marco de la prestación de servicios temporales y a partir del primer día del año inmediatamente siguiente operará entonces la presunción según la cual el contrato de trabajo lo es en la realidad con la empresa usuaria, quien al desplegar las mismas actividades que venía desempeñando, pues no puede señalar que se trate de una actividad temporal, sino que ella se torna en permanente.

Ahora bien, revisados los contratos del FNA con S & A Servicios y Asesorías SAS, se advierte que aproximadamente para el mes de marzo del año 2019 se justifica la contratación precisamente en la circunstancia de que se deben apoyar políticas gubernamentales orientadas a dar vivienda digna a los usuarios y habida cuenta de la gran demanda que existe a nivel nacional en relación con este derecho, se prevé un incremento del 19% en las respectivas solicitudes de crédito y en vinculación de afiliados en cesantías y ahorro voluntario, entre otros aspectos que implica el requerimiento de recursos humanos suficiente con el que no cuenta la planta de personal de 295 cargos de

la entidad, destacando que 208 están provistos para proveer para poder cumplir con las diversas actividades; luego entiende el despacho que el requerimiento de contratación a través de empresas de servicios temporales lo fue para atender incrementos en la producción derivados de esas circunstancias excepcionales que demandaban un incremento del 19% de las solicitudes respectivas.

Dentro de este contexto, debe entender este operador judicial que esas circunstancias excepcionales, que se dieron inicialmente por 6 meses, al menos desde marzo del año 2019, y que se habrían prorrogado en el tiempo al menos hasta por 1 año, lo que implicaría que debiera cumplirse al menos hasta marzo del año 2020, siendo pertinente señalar que dentro de este escenario, el cambio que de empresa de servicios temporales se verifica, no tiene la virtualidad de generar un nuevo requerimiento de personal o un requerimiento distinto del que previsiblemente se había derivado, habida consideración que en el segundo de los contratos y específicamente el de la vinculación de Serviola SAS se alude nuevamente que se requiere de ese personal y que básicamente no ha sido posible lograr la reestructuración para modificar la contratación a través de este tipo de contratistas, de ello depende el autogobierno y en términos generales, básicamente a lo que hace alusión esas circunstancias ajenas que no denotan la temporalidad de la actividad y por el contrario, lo que denota es la permanencia de los requerimientos de personal que inicialmente se habrían tornado como temporales.

En este escenario, con ocasión precisamente de esa suscripción del primer contrato con Servicios y Asesorías, puede el despacho denotar una actividad temporal que requería de una atención a través de este mecanismo, al menos hasta marzo del año 2020 y de allí en adelante. Pues debería predicarse una actividad permanente en el marco de la cual la vinculación a través de empresas de servicios temporales implicaría básicamente que en la realidad, a partir de marzo del 2020, los trabajadores estarían vinculados o asociados directamente a la planta de personal definitiva del FNA, aun cuando no se hubieran cumplido con los presupuestos de función pública para su integración, pues en los términos de la ley 50 de 1990, a partir entonces del primer día del segundo año, de forma automática los trabajadores entrarían en ese contexto a ser trabajadores dependientes de la empresa usuaria, quien ya no tendría una actividad temporal que justificara la contratación a través de esta modalidad, en estas condiciones, advierte el despacho que la demandante ingresó bajo este esquema, el 7 de octubre del año 2019 con Servicios y Asesorías y que su vinculación abarcó un poco más de un mes, hasta el 11 de noviembre de esa anualidad, cuando terminó, entiende el despacho ese contrato inicial que se había suscrito con esta empresa, sin solución de continuidad, vinculada para desempeñar las mismas funciones, pues no otra cosa se acredita en el informativo.

Nótese que el FNA y las empresas de servicios temporales acreditan en el informativo con prueba verdaderamente idónea que la demandante hubiera tenido funciones distintas a las que inicialmente dieron lugar a su vinculación en un escenario de temporalidad, que justificaran, por ejemplo, un incremento de la producción en otro tipo de tareas que obviamente no tienen sustento en que los contratos comerciales que se hicieron con las empresas de servicios temporales, por lo que dentro de ese escenario, podría el despacho deducir que a partir del mes de marzo del año 2020 la vinculación de la demandante tendría que reputarse como directa con el Fondo Nacional del ahorro y derivar de este tipo de vinculación el reconocimiento de derechos laborales asociados en su condición de trabajadora oficial.

Ahora bien, establecido lo anterior, conviene precisar por parte del despacho que en ese contexto, lo que se pretendió en la demanda es la declaratoria de una única vinculación laboral entre la demandante y el FNA vigente entre el 07/10/2019 y el 11/11/2020, surgiendo del acervo probatorio con fundamento en la argumentación expuesta al menos 3 vinculaciones contractuales laborales, la primera entre el 07/10/2019 y el 11/11/2019 con S & A Servicios y Asesorías, entre el 11 de noviembre del año 2019 y marzo del 2020 con Serviola y a partir del mes de abril de 2020 y hasta noviembre de 2020, un contrato de trabajo con el FNA, en este escenario, no puede deducirse la existencia o la acreditación en juicio de la única vinculación contractual laboral sostenida en el libelo introductorio, siendo pertinente señalar que, al no acreditarse la existencia de una única vinculación contractual laboral, no es dable al operador judicial deducir eventuales condenas cimentadas en un vínculo que no se acredita en el informativo, ya que dentro del escenario

extra y ultra petita no es dable deducir igualmente condenas respecto de la vigencia de un contrato de trabajo cuyos extremos temporales o existencia siquiera no es admitida por la parte actora; en relación con este aspecto y es solo por estas razones, no procede condena alguna en favor de la parte demandante.

Siendo pertinente señalar o recordar, en relación con la absolució que así lo sostenido de vieja data la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17/07/1996, el magistrado ponente, el Doctor Germán Valdés Sánchez, en la que la alta corporación precisa lo siguiente: “ El artículo 50 del Código procesal laboral dice que el juez puede condenar al pago de salarios, prestaciones, indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados. La facultad que consagre esta norma no es absoluta, pues exige la discusión y prueba de los hechos que pueden dar lugar a una condena, no pedida o por más de lo pedido, si la condena no pedida resulta fundada en hechos contrarios u opuestos a lo que propone el propio demandante en la facultad de resolver extra o ultra petita también resulta irregular, pues entonces el juez estaría actuando en contra del querer del accionante e incluso, según el caso, limitándole la posibilidad de promover otro proceso, en este juicio del fallo de primer grado se adoptó irregularmente, pues es evidente que el juzgado actuó en contra de la declaración judicial, ya que su interés jurídico claramente expresado en su demanda fue el de obtener que el juez definiera la existencia de una relación laboral única para obtener el pago de una sola cesantía, una sola indemnización moratoria, una sola indemnización por despido y la pensión sanción además de otros derechos prestacionales que al menos en su cuantía, dependían de la existencia de un solo contrato. En estas condiciones, si se observa el texto del artículo 50 del Código procesal laboral, el juez actúa en contra de lo discutido en juicio y por ello la decisión del Tribunal que corrigió el error judicial de la primera instancia fue la aceptada”

En estas condiciones, considera el despacho que no es dable fulminar alguna condena en favor de la parte demandante, imponiéndose la absolució para las convocadas a juicio respecto de todas y cada una de las pretensiones así planteadas, cabe anotar que, si el querer de la parte demandante hubiera sido la declaratoria de existencia de una única vinculación laboral entre abril del 2020 y noviembre del 2020, y derivar de ella el reconocimiento de derechos laborales, así lo debió haber planteado en la demanda y no lo hizo, siendo pertinente señalar que dentro de ese contexto no puede el despacho en el escenario de extra y ultra petita, deducir que en juicio se ha debatido la existencia de este último vínculo y los eventuales derechos que se pudieran causar en este escenario, pues impone la absolució cabe anotar en cuanto a los llamamientos en garantía que en el hipotético escenario de haberse acreditado la existencia de la única relación contractual laboral entre la demandante y el FNA pues evidentemente esta circunstancia no se ve amparada por las pólizas emitidas, pues las pólizas parten de la premisa de que se trate de trabajadores de un contratista a quien por responsabilidad solidaria el fondo deba asumir alguna obligación. No en este escenario, se garantiza tantas obligaciones del Fondo nacional del ahorro para con sus trabajadores, por lo que, no habría lugar a imponer alguna carga a las llamadas en garantía.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la parte demandante** indicando:

El primer punto frente a la nueva declaratoria de existencia del contrato de trabajo conforme a los extremos temporales expuestos en el escrito demandatorio, es de tener en cuenta que conforme a las pruebas documentales en el presente expediente igualmente así como los interrogatorios de parte surtidos por los testigos, es evidente que la señora Leidy Alejandra Contreras, prestó sus servicios personales al FNA desde el 7/10/2019 hasta el 11/11/2020, de manera ininterrumpida, es decir, por un lapso de 1 año, un mes y 5 días, claro tener en cuenta, tal como se ha citado el despacho, el marco legal de uno de estos es el artículo 6 del Decreto 4369 del año 2006 donde en efecto el reglamento, el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales. “si cumplió el plazo de 6 meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del

servicio específico objeto del contrato, subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferentes empresa de servicios temporales para la prestación de dichos servicios”, adicionalmente en esta norma en cita nos denota lo siguiente en su numeral, primero: cuando se trate de labores ocasionales, accidentales, transitorias que se refieren al artículo 6 del CST, cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, incapacidad por enfermedad o maternidad, para atender incrementos de producción al transporte, las ventas de productos mercancías, los periodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses”, es claro que en el presente asunto se ha desconocido el presente marco legal, toda vez que se ha relevado de estudio que efectivamente desde el nacimiento de esa prórroga adicional a la empresa usuaria S&A esto es, posteriormente por la empresa denominada Serviola en el presente asunto, pues se ha vulnerado dicho criterio legal.

¿Cuáles fueron esos argumentos para desconocer el presente marco legal frente a la toma de estas presentes decisiones?, porque de declararse ilegal, dicha vinculación es precisamente que nace a la vía jurídica que se ha tenido como verdadero un trabajador desde su vínculo inicial, esto es, desde el 07/10/2019 hasta el 11/11/2020, como se argumenta que ha tenido 3 vinculaciones diferentes, cuando se ha demostrado efectivamente mediante pruebas testimoniales que realizaba actividades que eran las mismas en las ejercían en el mismo lugar, bajo las mismas condiciones y bajo una misma subordinación, aquí en ningún momento se ha expuesto una relación contractual diferente a la que se ha expuesto de una manera continuada.

Ahora bien, de la norma en cita también la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas sentencias, ha enseñado que en el servicio contratado a través de las empresas de servicios temporales serían ilegal bajo las siguientes circunstancias: primero, cuando se contrata a estas EST, deben ser autorizadas por el Ministerio de Trabajo cuando se superen los límites temporales de 6 meses más prórroga, hasta por el tiempo igual, cuando se vincula personal en misión para desempeñar funciones que no son ocasionales o temporales; es decir, se hace para cumplir funciones o necesidades permanentes de la usuaria, es de tener en cuenta para el presente asunto, esta labor no ha sido ocasional, ha quedado demostrado, efectivamente, que aun así, después de la desvinculación de la aquí demandante han continuado con la misma prestación del servicio, es decir, continúa con esa misma sala de estudios de los créditos que suscriben las personas ante el FNA, ellos tenían la carga de demostrar que efectivamente no continuaban con dicha actividad, dicho repliegue probatorio representa no ha sido estudiado o valorado por el aquo, igualmente es de tener en cuenta en la sentencia número 271 del 6 de febrero del año 2019, radicado número 52018, con ponencia de la magistrada Dolly Amparo, se indicó lo siguiente, ”La vinculación a través de EST, tiene por finalidad prestar servicios transitorios para la usuaria sean o no del giro ordinario de esta, pero siempre por razones excepcionales, por lo que no es dable mantener la contratación a través de empresas de servicios temporales, cuando la actividad desarrollada por el trabajador en misión constituya en verdad una necesidad permanente en la empresa, como concurre cuando no se atienden estas causales previstas en el artículo citado o se supera el término temporal máximo allí previsto, de ser así el responsable de las obligaciones laborales es el usuario quien pasa a ser el verdadero empleador, y de manera solidaria responderá la empresa de servicios temporales por haber fungido como intermediaria sin anunciar a la trabajadora tal condición conforme al artículo 35 del CST”.

Ahora bien es también de anotar que en el presente asunto se ha relevado del estudio, continuando con la sentencia en cita sin efectivamente esperar a que retornara al tribunal superior en su sala laboral el recurso de apelación interpuesto por la aquí demandada sudamericana frente al reconocimiento de acreencias en cuanto a las llamadas garantía, es dado a entender que ante dichas garantías que tienen una incidencia frente a la condena que se expone, puesto que ya había un prejuicio antes de evitarse una sentencia, es decir, se emite una sentencia con una pre valoración probatoria, puesto que no dejó de culminar los recursos ya surtidos en la audiencia previa, respecto del principio de congruencia de lo realmente materializado en el escrito demandatorio en su parte práctica, que lo que se pretendía en efecto es de los extremos temporales del 07/10/2019 al 11 de noviembre del año 2020, nunca se ha manifestado circunstancia ajena, sino que se declarara una única existencia respecto a una vinculación o materialización de un contrato

realidad desde marzo del 2020 hasta noviembre del año 2020, donde efectivamente se desliga de lo que precisamente pregona esta jurisdicción laboral que es la protección de los derechos sociales de los trabajadores.

Ahora bien, frente a la declaratoria de esta existencia a partir de marzo de 2020, como se ha indicado en múltiples oportunidades en el presente recurso, no nace de la declaratoria de la ilegalidad de dicha vinculación, no nace dicha vinculación de la realidad a partir de marzo del 2020, si no desde la fecha inicial de su vinculación, siendo evidente que la decisión se relevó de estudio el marco frente a las acreencias convencionales y a los intereses moratorios en el presente asunto.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, se tiene que no hay discusión en cuanto a la prestación del servicio de la demandante a favor de las EST convocadas, lo que se corrobora con documental contentiva de contrato por obra o labor determinada suscrito entre la actora y las EST Servicios & Asesorías S.A.S. y Serviola S.A.S, tampoco ofreció reparo los extremos temporales de dichas vinculaciones, la primera, que conforme el mencionado contrato y certificación laboral aportada en expediente digital, tuvo lugar entre el 7 de octubre de 2019 al 11 de noviembre del mismo año y la vinculación con Serviola S.A.S., como consta en contrato de trabajo suscrito entre esta y la demandante y comunicación de terminación del mismo, inició el 12 de noviembre de 2019 y culminó el 11 de noviembre de 2020, tales circunstancias igualmente fueron aceptadas por las convocadas en mención; no siendo objeto de debate que la prestación del servicio de la demandante en el marco de dichas vinculaciones, se dio a favor del también demandado Fondo Nacional del Ahorro.

En punto a la vinculación a través de sociedades de servicios temporales, se tiene que, la utilización de dicho modo de contratación, debe obedecer a las causales **taxativamente señaladas en la Ley** que regula la contratación a través de EST y que se encuentran previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que indica al efecto:

ARTÍCULO 77. Reglamentado por el Decreto 1707 de 1991. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4330 de 2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas, ha reiterado que existe un actuar defraudatorio, cuando se utiliza la contratación a través de EST, no para el cubrimiento de necesidades temporales y excepcionales de que trata la norma antes transcrita, sino para el cumplimiento de actividades permanentes, así se pronunció al respecto en dicha oportunidad:

En tratándose de vinculaciones defraudatorias o de intermediación laboral ilegal, a través de EST, ambos principios convergen en privilegiar la realidad sobre las situaciones aparentes y, lejos de ser antagónicos, funcionan de manera armónica y complementaria.

En efecto, el principio de la primacía de la realidad, según se explicó, no se limita a una especie de conflicto y mucho menos se puede pregonar su impertinencia en el sub iudice, donde se hace necesario revelar el carácter transitorio o permanente de los servicios prestados a una empresa usuaria. Desde luego que en supuestos de interposición ilegal de EST no es técnicamente correcto aludir al «contrato realidad», debido a que no se discute como tal la naturaleza laboral de la vinculación, como bien lo pone de relieve el recurrente. Sin embargo, ello no impide aplicar, desde otra vertiente, este principio para descifrar si las actividades misionales desarrolladas por el trabajador son temporales, según el listado taxativo del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o, por el contrario, permanentes, en cuyo caso la empresa usuaria debe vincular de manera directa a su propio personal.

Fue por ello que el Tribunal, en aras de dilucidar esta cuestión, se apoyó válidamente en el principio de primacía de la realidad sobre las formas para develar la naturaleza del servicio prestado al FNA, especialmente en lo que hace al carácter de la necesidad contratada y su duración. Con ello, su estudio no se limitó a las estipulaciones contractuales, sino que las confrontó con la realidad de su ejecución, lo que le permitió colegir que el actor desempeñó actividades permanentes en favor de la usuaria y no transitorias. Es decir, se instrumentalizó el servicio a cargo de las empresas de servicios temporales para ocultar relaciones laborales continuas y por esa vía reducir costos laborales.

En paralelo, también se comete fraude a la ley en estos casos de intermediación ilegal, cuando formalmente se contratan servicios temporales con EST pero, en la práctica, se desarrollan actividades misionales permanentes, contrariando la finalidad de esta institución, cual es la de satisfacer una necesidad excepcional y temporal a través de un tercero.

*En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. **Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.** (Negrilla fuera del texto original)*

De igual forma, en sentencia SL2797 de 2020, M.P. Luis Benedicto Herrera, dicha corporación reiteró que fungía como verdadero empleador la empresa usuaria, cuando no se observaban las causales antes señaladas para contratación de personal temporal, o cuando la prestación del servicio de este exceda el término de un año, debiendo el contrato de suministro de personal, entre la empresa usuaria y la EST, señalar con claridad que este suministro obedece a las causales señaladas en la Ley, así se pronunció en dicha oportunidad:

*Sin embargo, para despejar las inquietudes planteadas por la censura, en lo que tiene que ver con el marco jurídico que gobierna la situación en disputa, cabe destacar en primer lugar, que esta Sala de la Corte ha sostenido que en determinadas circunstancias es viable considerar a la empresa usuaria como verdadera empleadora y a la EST como simple intermediaria, responsable solidaria de las obligaciones laborales contraídas por la primera, cuando la empresa de servicios temporales no está autorizada para prestar ese servicio **o cuando en desarrollo del mismo infringe las normas que regulan el servicio temporal, como es el caso en que la contratación para la atención de incrementos en la producción o la prestación de servicios exceda el término de un año.** En efecto, en la sentencia SL17025-2016, reiterada en la SL3520-2018, señaló la Corte:*

Así, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador.

Conforme lo señalado en precedencia y atendiendo a las pruebas recaudadas durante el debate procesal, no le asiste razón a la parte recurrente cuando señala que la contratación de la señora Leidy, no observó el desarrollo normativo y jurisprudencial a que se aludió, encontrando esta sala que, como lo adujo la decisión de primer grado, no se encuentra demostrada una única relación laboral en la forma en que esta se alegó, esto es, desde el 7 de octubre de 2019 al 11 de noviembre de 2020, que permita concluir que las convocadas inobservaron el término consagrado en la Ley para la contratación a través de EST.

Ello por cuanto de la sola lectura del objeto del contrato No. 012 de 2019 suscrito por la EST S&A Servicios Temporales S.A.S., y el FNA, y aportada por la primera en mención junto con contestación de demanda en medio digital, se consigna con claridad que el objeto de dicho contrato es: “*el suministro de trabajadores en misión **para atender necesidades de crecimiento y expansión del FNA**, para el cumplimiento de sus objetivos*” (negrilla fuera del texto original); por su parte, el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la demandada Serviola S.A.S., da cuenta que dicho suministro de personal en misión, tenía como objeto la **reestructuración organizacional del FNA – personal de apoyo para ejecutar programas y proyectos administrativos, de servicios y operativos**, de lo que se determina con claridad que una vez finalizada la vinculación de la actora con la sociedad S&A Servicios Temporales, la que tuvo lugar con la sociedad Serviola S.A.S., no perseguía **el mismo objetivo que la primera**, razón por la cual, no se puede concluir la existencia de una sola vinculación laboral como lo pretende el recurrente.

Esta sala no deja de lado que si bien, la demandante se vinculó en 2 ocasiones por intermedio de dos EST distintas y para prestar sus servicios a favor de una misma empresa usuaria como lo fue el FNA, del análisis precedente se concluye que tal circunstancia, no desconoció lo previsto en el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006: que indica textualmente:

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, **la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste** en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo

con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio. (Negrilla fuera del texto original)

Lo anterior, por cuanto y se itera, de las pruebas aportadas al plenario, se logra determinar con claridad que la primera vinculación de la demandante para prestar sus servicios para el FNA, lo fue para atender **necesidades de crecimiento y expansión** del Fondo demandado y la segunda, que tuvo lugar con Serviola S.A.S., obedeció a una **causa distinta** a la primera, como lo fue una reestructuración organizacional del FNA.

Así las cosas, resulta claro que no es posible dar aplicar las consecuencias pretendidas por el recurrente, cuando en el presente se demostró que la contratación de la demandante se realizó observando la normatividad que regula la prestación de servicios de índole temporal, pues ello se dejó claro por las demandadas en las documentales contentivas de contratos suscritos entre estas y entre las EST y la demandante, sin hayan excedido el término de un año, pues ello se deduce con facilidad de los extremos temporales señalados al inicio de este pronunciamiento en que tuvo lugar **cada una** de dichas vinculaciones, que no se pueden considerar una sola, en tanto obedecieron como se dijo, a causas distintas; razones suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

Por último y en cuanto al argumento del recurrente según el cual, se encuentra pendiente por resolver recurso de apelación interpuesto contra la providencia del a quo, mediante la cual negó el llamamiento en garantía, suficiente resulta señalar que el recurso en mención, fue resuelto por esta corporación en providencia del 16 de diciembre de 2022, cuya decisión obra en expediente digital.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte pertinente 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


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: GUILLERMO LEÓN CARRILLO

DEMANDADO: SERVIMED IPS Y OTROS

RADICADO: 11001 22 05 000 2023 01252 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

S E N T E N C I A:

Procede la sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 27 de abril de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a la pretensión formulada por el accionante, ordenando pagar a su masa sucesoral la suma de \$31.219.000.

Como fundamento de sus pretensiones la señora AIDA INÉS GUERRERRO DE CARRILLO en calidad de cónyuge del fallecido Guillermo León Carrillo, indicó que este falleció el 4 de junio de 2021, era afiliado y cotizante de la IPS Servimed por su vinculación en vida al Magisterio, que la accionada Servimed hace parte del convenio con UT Servisalud San José administrada por la Fiduprevisora, que desde hace 7 años su cónyuge había venido sufriendo de diferentes patologías, diagnósticos de las mismas que habían sido posibles ya que contaba con servicio de medicina prepagada, decisión que adoptó para compensar la escasa atención de la accionada.

Que hace apenas 4 años Servimed respondió a sus diferentes solicitudes validando diagnósticos externos y otorgando medicamentos parcialmente, sólo los autorizados por el POS, lo que se logró gracias a la mediación de delegados del Sindicato de la Asociación Distrital de Educadores, que el seguimiento para una de las patologías que padecía el señor Guillermo, Fibrosis Pulmonar, clasificada como huérfana y la que le ocasionó su muerte, se hizo desde la medicina prepagada con diagnósticos de la Fundación Santa Fe, Sermived proporcionó el servicio de oxígeno domiciliario con concentrador fijo, siendo negado el servicio de oxígeno portátil para transportar al paciente. Relata la solicitante que a partir de ese

momento Servimed y Servisalud realizaron una serie de acciones tendientes a dilatar cualquier decisión respecto al suministro del medicamento y atención integral del señor Guillermo para el tratamiento de su enfermedad huérfana y de algo riesgo, siendo posible dicha atención a través de acción de tutela fallada el 2 de octubre de 2020.

De igual forma indica que la Fiduprevisora S.A., evadió toda responsabilidad como administradora de la prestación del servicio de salud a los miembros del Magisterio, que previo al cumplimiento de fallo de tutela en mención y como quiera que su cumplimiento se dilató hasta el fallo de segunda instancia, que fuera notificado el 11 de diciembre de 2020, fue necesario comprar de su pecunio cuatro dosis mensuales del medicamento requerido para poder iniciar cuanto antes el tratamiento dada la gravedad del cuadro médico, que por parte de Servisalud, ya se encuentra probado el reembolso de \$7.804.500, no obstante dicho reembolso no ha sido efectivo, y los restantes \$23.414.500 corresponden a otras 3 dosis del medicamento nintedanib.

Indica por último que las accionadas Sermived y Servisalud negaron de manera arbitraria el reembolso de las 3 primeras dosis, siendo únicamente aprobado el reembolso de la cuarta, fundando su negativa en la contratación del servicio de medicina prepagada, que sólo a finales de abril de 2021, se logró el traslado total del servicio de Servimed a Servisalud, más no de la historia clínica, ya que aparentemente no hay comunicación entre las dos entidades, que la atención de Servisalud a partir de dicha data, sólo se limitó a una serie de servicios domiciliarios y valoración parcial de médico domiciliario, pero no hubo suministro de servicios de urgencia como terapias, asistencia psicológica y nutricional, además de médico laboral que se requería para poder realizar trámites legales, para lo cual nunca hubo agenda antes del fallecimiento del paciente. En cuanto al servicio vital de oxígeno complementario al domiciliario, solo se pudo obtener mediante presión de la Supersalud, siendo aprobado después del deceso del paciente.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 27 de abril de 2023, accedió a las súplicas de la demanda, ordenando a las accionadas Servimed IPS S.A. – UT Servisalud a reconocer y pagar a favor de la masa sucesoral del demandante la suma de \$31.219.000, ordenando al representante legal de Fiduprevisora como vocera y administradora de los

recursos del FOMAG, que en caso de que Servimed IPS no realizara el pago de la suma objeto de condena en el término previsto para el efecto, procediera a descontar dicha suma del contrato suscrito con Servimed IPS / UT Servisalud.

Para lo cual señaló en síntesis que el medicamento Nintedanib x 150 mg se encontraba ordenado por el médico tratante de las accionadas al señor Guillermo, no demostrándose que se hubiera efectuado el reembolso de las 4 facturas cada una por valor de \$7.805.000, cuyo pago igualmente se encontraba acreditado por parte de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la UT Servisalud San José, indicó que no era una EPS como tampoco había sido la compañía aseguradora en salud del señor Guillermo León, pues dichas funciones estaban a cargo del Fomag, a quien la fiduciaria la Previsora le administraba los recursos destinados a los servicios de salud, siendo esta la entidad encargada de la administración de dicho régimen y por ende la única delegada para definir los servicios de salud que deben suministrarse a los docentes.

Que dicha unión se encontraba conformada por la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José y por Servimed IPS, las que prestaban los servicios de salud a los docentes y beneficiarios conforme al plan de servicios establecido, que la orden de pago a la masa sucesoral resultaba improcedente ya que se desconocía si existía o se había creado tal masa sucesoral con ocasión del fallecimiento del señor Guillermo y dicha UT había solicitado a la Superintendencia indicar a órdenes de quien debía realizar la consignación, pues no podía realizarla a la cuenta del paciente dado su fallecimiento, que esa Superintendencia no era la competente para dar aplicación a la figura de la sucesión procesal y por ende se desconocía a que cuenta se debía consignar la suma de \$23.414.000 los que ya se encontraban autorizados a favor del usuario por cumplir con los requisitos de reembolso.

Refirió respecto de los \$7.805.000 restantes que la factura No. 30012134 del 25 de agosto de 2020, no cumplía con los parámetros establecidos por el pliego de condiciones de la Fiduprevisora S.A., por cuanto cuando se realizó la validación, no se encontró que el señor Guillermo contara con órdenes médicas emitidas por galenos adscritos a Servimed o a esa UT pendientes por tramitar o autorizar y de determinarse el derecho a dicho

reembolso, debe ser asumido por el FOMAG, ya que esa UT había autorizado el pago de las facturas que fueron radicadas y contaban con orden médica.

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, la impugnante no desconoce que debe efectuar el reembolso de la suma de \$23.414.000, suma correspondiente al pago de 3 dosis de medicamento Nintedanib x 150 mg, señalando que dicho reembolso ya se encuentra autorizado, no obstante desconoce a qué cuenta lo debe consignar ya que la Superintendencia no es la competente para definir existencia de masa sucesoral del señor Guillermo; frente a lo cual, se observa que si bien se desconoce la existencia del inicio de proceso de

sucesión, lo cierto es que no fue objeto de reproche que la reclamante es la cónyuge sobreviviente del causante; aunado a ello, en el trámite procesal se evidencia que los hijos de la pareja, autorizaron que dicho pago se realizara a favor de su madre, quien convivió con él hasta la fecha de su fallecimiento y acompañó en la salud y enfermedad y no existe prueba de que otras personas hayan petitionado dicho pago alegando la calidad de beneficiarios del causante, razón por la cual y en aras de que no se siga dilatando el pago en mención, se **modificará** la decisión ordenando que dicho pago se realice en favor de la señora AIDA INÉS GUERRERRO DE CARRILLO.

De otra parte y frente al pago de la factura expedida el 25 de agosto de 2020, indica la impugnante que no se cuenta con orden médica que autorice su suministro, frente a lo cual, suficiente resulta señalar que conforme historia clínica expedida por la misma Servimed el 11 de agosto de 2020, observa que en dicha data se prescribió el medicamento objeto de reclamación, **por 6 meses**, de los cuales, fueron sufragados 4 por el señor Guillermo, de tal manera y como lo concluyó la decisión estudiada, se debe sufragar por las accionadas Servimed IPS S.A. – UT Servisalud, la totalidad de la suma objeto de condena, que en efecto asciende a \$31.219.000, pago que contrario a lo indicado por la impugnante, no debe asumir el Fomag, pues si el costo de las demás facturas lo asumió la Unión Temporal en mención, no es razonable que se niegue a efectuar el pago de la factura expedida el 23 de agosto de 2020, cuando como se señaló, fue prescrita por el médico tratante del señor Guillermo.

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 de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida el 27 de abril de 2023, en el sentido de señalar que el pago de la suma allí ordenada debe efectuarse a favor de la señora AIDA INÉS GUERRERRO DE CARRILLO.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la providencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, por las razones expuestas.

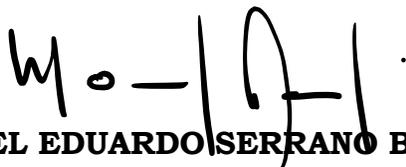
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO